

Das Kindeswohl als Maxime des Rechts

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
ANDREAS BRAUCHLI
von Weerswilen/Berg TG

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Cyril Hegnauer

1482
—

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Das Kindeswohl als Maxime des Rechts

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
ANDREAS BRAUCHLI
von Weerswilen/Berg TG

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Cyril Hegnauer

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 14. Juli 1982

Der Dekan:
Prof. Dr. E. Stark



Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Band 24 der Reihe

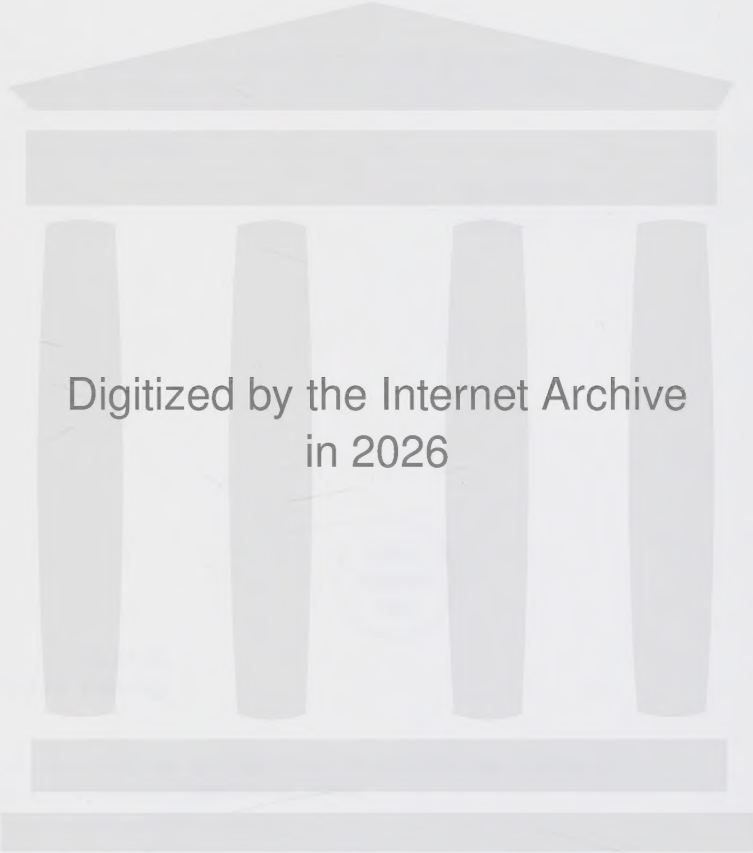
Zürcher Studien zum Privatrecht

herausgegeben im Auftrag der Juristischen Abteilung der Universität Zürich von P. Forstmoser, C. Hegnauer, A. Heini, M. Keller, A. Meier-Hayoz, M. Rehbinder, H. M. Riemer, W. R. Schluep und E. Stark

© Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1982
ISBN 3 7255 2240 5

Druck: Huber Druck AG, Entlebuch

Esther
meinen Eltern



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Inhaltsübersicht

Abkürzungen	11
Literaturverzeichnis	15
Einleitung: AUSGANGSPUNKT UND PROBLEMSTELLUNG	21
1. Teil: ANALYSE DES BEGRIFFES "KINDESWOHL"	25
§ 1 Kind	25
I. Psychologischer Kindesbegriff	25
II. In körperlicher Hinsicht	26
III. Umgangssprache	26
IV. Kindesbegriff im juristischen Sprachgebrauch	27
1. Kind als altersmässige Abgrenzung	27
2. Kind als Abstammungsbezeichnung	28
V. Für das Kindeswohl massgebender Kindesbegriff	29
§ 2 Kindeswohl	31
I. Problematik einer Generalklausel	31
1. Vorbemerkungen	31
2. Begriffliches	33
A. Blankettnorm, Leerformel	34
B. Generalklausel und "dehnbarer Begriff"	34
C. Unbestimmter Gesetzesbegriff	36
D. Sach- und Ermächtigungsnorm	37
E. Standards und Direktiven	38
3. Gründe des Gesetzgebers für die Schaffung von Generalklauseln	39
A. Generalklauseln als Retter der Vollständigkeit von Gesetzen	39
B. Bedürfnis nach Flexibilität und Elastizität	40
C. Berücksichtigung der Pluralität der Meinungen	41
D. Bequemlichkeit des Gesetzgebers	42
4. Nachteile und Gefahren von Generalklauseln	43

A. Gefahr reiner Billigkeitsentscheidungen	43
B. Beeinträchtigung der Rechtssicherheit	44
C. Rechtsungleichheit	44
D. Generalklauseln als Widerspruch zum Prinzip der Rechtsstaatlichkeit	45
E. Sind Generalklauseln undemokratisch?	45
F. Ueberforderung des Richters	46
5. Unterschiedliche Funktion von Generalklauseln in verschiedenen politischen Systemen	47
6. Zusammenfassung	47
II. Begriffskonkretisierung in Einzelfällen	48
1. Vorbemerkungen	48
2. Die Behörden als Adressaten	50
A. Zuteilung der elterlichen Gewalt	50
a) Zuteilung der elterlichen Gewalt an den ausserehelichen Vater	50
α) Gesetzliche Regelung	50
β) Allgemeine Voraussetzung für die Zuteilung der elterlichen Gewalt: Wahrung des Kindeswohls	54
γ) Konkrete Voraussetzungen für die Zuteilung der elterlichen Gewalt an den ausserehelichen Vater	55
δ) Konkurrenz des Anspruchs des ausserehelichen Vaters auf Zuteilung der elterlichen Gewalt mit den Interessen von Drittpersonen	59
b) Zuteilung der elterlichen Gewalt bei Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes, bei Trennung und bei Scheidung	61
α) Gesetzliche Regelung	61
β) Inhalt des Kindeswohls bei der Kinderzuteilung	64
γ) Abänderung von Scheidungs- und Trennungsurteilen	76
δ) Persönlicher Verkehr	77
B. Adoption von Kindern	78
a) Das Kindeswohl als allgemeine Voraussetzung der Adoption	78

b) Das Kindeswohl im übrigen Adoptionsrecht	85
C. Entscheidungen über Namensänderungen und Bürgerrechtserteilungen	86
a) Namensänderung eines Kindes	86
b) Erwerb des Schweizer Bürgerrechts	95
D. Das Kindeswohl im Jugendstrafrecht	96
E. Der Kindeswohlbegriff im IPR	99
F. Sozialversicherungsrecht	106
3. Die Inhaber der elterlichen Gewalt als Adressaten	109
A. Das Kindeswohl bei der Ausübung der elterlichen Gewalt	109
B. Kindesschutz	112
III. Allgemeine Konkretisierung des Kindeswohlbegriffs	114
1. Definition des Kindeswohls?	114
2. Zum Inhalt des Kindeswohls, verwandte Begriffe	120
3. Vorwegnahme der Konkretisierung durch den Gesetzgeber	124
4. Anzuwendender Massstab bei der Konkretisierung des Kindeswohls	126
A. Phasen der Interpretation des Kindeswohls	126
B. Anzuwendender Massstab heute, Bedeutung der Sozialwissenschaften	128
IV. Funktionen des Kindeswohls	135
1. Ersatz für den rechtlich nicht anerkannten Willen des Kindes	135
2. Ausgleich der schwächeren Stellung des Kindes	136
3. Das Kindeswohl als Leitidee	136
4. Gesellschaftliche Funktion	137
V. Kindeswohl und Elterninteressen	138
 2. Teil: DAS KINDESWOHL ALS MAXIME	 141
§ 3 Geschichtlicher Rückblick	141
I. Römisches Recht	141

II. Das Kind im germanischen Recht	143
III. Hoch- und Spätmittelalter	144
IV. Situation des Kindes in der Neuzeit	145
§ 4 Das Kindeswohl als Leitsatz bei der Rechtssetzung	147
I. Das Kind in der heutigen Gesellschaft und Familie	147
II. Schweizerische Rechtsentwicklung	149
1. Interdependenz zwischen rechtlicher und gesellschaftlicher Entwicklung	149
2. Das Kindesrecht von 1907	150
A. Das Kindeswohl als allgemeine Maxime des alten Kindesrechts?	150
B. Elterliche Gewalt	152
a) Inhalt der elterlichen Gewalt im allgemeinen	152
b) Wahl des Vornamens	153
c) Züchtigungsrecht der Eltern	153
d) Berufswahl	154
C. Kindesschutz	155
D. Kinderzuteilung bei Scheidung und Trennung	156
E. Kindeswohl und aussereheliches Kindesverhältnis	157
a) Allgemein	157
b) Verbot der Anerkennung des Ehebruch- und des Blutschandekindes	158
F. Zusammenfassung: Das Kindeswohl als Leitsatz des Gesetzgebers von 1907	160
3. Das Kindeswohl bei der Adoptionsrechtsnovelle von 1972	161
4. Das Kindeswohl im revidierten Kindesrecht von 1976	162
A. Grundgedanken des neuen Kindesrechts	162
B. Kindeswohlbegriff des Gesetzgebers	165
C. Berücksichtigung des Kindeswohls im einzelnen	167
a) Familienname und Heimat	167
b) Besuchsrecht	168
c) Inhalt der elterlichen Gewalt	169
d) Kindesschutz	171

§ 5 Das Kindeswohl als Maxime der Rechtsanwendung	173
I. Die Kindesinteressen in der juristischen Literatur	173
II. Das Kindeswohl in der bisherigen Praxis des Bundesgerichts	176
1. Kinderzuteilung	176
2. Adoption und andere Fremdunterbringung des Kindes	182
3. Namensänderung	183
4. Bürgerrecht	184
5. Jugendstrafrecht	185
6. Ordre public	186
7. Stellenwert des Kindeswohls in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	186
III. Kritik und Forderungen	190
1. Das Kindeswohl als Maxime des Unmündigenrechts	190
2. Begriff und Tragweite der Maxime	192
3. Konsequenzen	195
A. Allgemein	195
B. Beispiele	199
4. Durchsetzbarkeit der Kindeswohlmaxime	204

Anhang: Erklärung der Rechte des Kindes der Vereinten Nationen vom 20. November 1959	213
--	-----

Abkürzungen

A.	Auflage
a.a.O.	am angeführten Ort
aArt.	alt Artikel
Abs.	Absatz
AdVV	V vom 28. März 1973 über die Adoptionsvermittlung (SR 211.221.36)
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AHVG	BG vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (SR 831.10)
AHVV	AHV-Verordnung vom 31. Oktober 1947 (SR 831.101)
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten vom 5. Februar 1794
AlVG	BG vom 22. Juni 1951 über die Arbeitslosenversicherung (SR 837.1)
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
BB1	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BStP	BG vom 15. Juni 1934 über die Bundesstrafrechtspflege (SR 312.0)
BüG	BG vom 29. September 1952 über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts (SR 141.0)
bzw.	beziehungsweise
ca.	zirka
D.	Digesta Iustiniani
DDR	Deutsche Demokratische Republik
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
EG	Einführungsgesetz
EMRK	(Europäische) Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)
EOG	BG vom 25. September 1952 über die Erwerbsersatzordnung für Wehr- und Zivilschutzpflichtige (SR 834.1)
Erw.	Erwägung
f.	und folgende (Seite, Note)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld)
ff.	und folgende (Seiten, Noten)
FLG	BG vom 20. Juni 1952 über die Familienzulagen für landwirtschaftliche Arbeitnehmer und Kleinbauern (SR 836.1)
FS	Festschrift
gl.M.	gleicher Meinung
Hrsg.	Herausgeber
IPR	Internationales Privatrecht
i.S.	in Sachen
IV	Invalidenversicherung
IVG	BG vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (SR 831.20)

KUVG	BG vom 13. Juni 1911 über die Kranken- und Unfallversicherung (SR 832.01)
lit.	litera
m.E.	meines Erachtens
MVG	BG vom 20. September 1949 über die Militärversicherung (SR 833.1)
N	Note
NAG	BG vom 25. Juni 1891 betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthaltler (SR 211.435.1)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München, Berlin, Frankfurt)
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
OG	BG vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (SR 173.110)
OR	BG vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (SR 220)
pr.	principium
ProtExpK	Protokolle der Expertenkommission (vgl. Literaturverzeichnis)
Prot. NRK	Protokolle der nationalrätlichen Kommission (vgl. Literaturverzeichnis)
Prot. SRK	Protokolle der ständerätlichen Kommission (vgl. Literaturverzeichnis)
rev.	revidiert
S.	Seite
SchKG	BG vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1)
Semjud	La Semaine Judiciaire (Genève)
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung (Zürich)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StenBull	Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StR	Ständerat
SZ	Savigny-Zeitschrift, Romanistische Abteilung (Weimar)
u.a.	unter anderem; und andere
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
UNO	United Nations Organization
USA	United States of America
usw.	und so weiter
V	Verordnung
vgl.	vergleiche
ZAK	Zeitschrift für Ausgleichskassen (Bern)
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (Zürich)
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung (Wien)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert

ZPO	Zivilprozessordnung des Kantons Zürich vom 13. Juni 1976
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZStV	V vom 1. Juni 1953 über das Zivilstandswesen (SR 211.112.1)
ZVW	Zeitschrift für Vormundschafswesen (Zürich)
ZZW	Zeitschrift für Zivilstandswesen (Bern)

Literaturverzeichnis

Literatur und Rechtsprechung wurden bis Ende 1980 verarbeitet. Auf später erschienene Publikationen (bis Juli 1982) wird jedoch in Fussnoten ergänzend hingewiesen.

- AMIRA Karl von / ECKHARDT Klaus August, Germanisches Recht (4.A. Berlin 1967)
- ARIÈS Philippe, Geschichte der Kindheit (München/Wien 1975)
- BEHLER Wolfgang (Hrsg.), Das Kind (Freiburg 1971)
- BELZA Michal, Das Verhältnis zwischen dem Kinde und dem geschiedenen Elternteil, dem das Kind nicht zugewiesen wurde (Diss. Fribourg 1946)
- BOULDING Elise, Die Mitverantwortung Jugendlicher, UNESCO-Kurier 20 (1979) 4 ff.
- BOWLBY John, Mutterliebe und kindliche Entwicklung (München/Basel 1972); zit.: Mutterliebe
- BOWLBY John, Trennung (München 1976); zit.: Trennung
- BUCHER Eugen, Berner Kommentar zum Personenrecht (3.A. Bern 1976)
- BUEHLER Walter / SPUEHLER Karl, Berner Kommentar zum Ehescheidungsrecht (Bern 1980)
- COESTER Michael, Eheverfehlungen als Kriterium der Sorgerechtsentscheidung nach neuem Recht, FamRZ 24 (1977) 217 ff.
- DANZIG Helga, Das "Wohl des Kindes" - juristisches Etikett oder Leitgedanke im elterlichen Sorgerecht? (hektographiertes Manuskript Berlin 1976); zit.: Kindeswohl
- DANZIG Helga, Kindschaftsrecht (Neuwied/Berlin 1974); zit.: Kindschaftsrecht
- DE MAUSE Lloyd, Hört ihr die Kinder weinen (Frankfurt 1977)
- EGGER August, Zürcher Kommentar zum Personenrecht (2.A. Zürich 1930)
- EICHENBERGER Rolf, Die materiellen Voraussetzungen der Adoption Unmündiger nach neuem schweizerischem Adoptionsrecht (Diss. Fribourg 1974)
- ERICHSEN Hans-Uwe, Verstaatlichung der Kindeswohlentscheidung? - Zur verfassungsrechtlichen Bestimmung des schulischen Erziehungsrechts (2.A. Berlin/New York 1979)
- ESSER Josef, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts (2.A. Tübingen 1964)

- GERBER Uwe (Hrsg.), Kindeswohl contra Elternwillen? Aspekte eines neuen Familienrechts (Berlin 1975)
- GERNHUBER Joachim, Kindeswohl und Elternwille, FamRZ 20 (1973) 229 ff.
- GOLDSTEIN Joseph / FREUD Anna / SOLNIT Albert J., Beyond the Best Interests of the Child, deutsch: Jenseits des Kindeswohls (Frankfurt 1974); zit.: Goldstein, Jenseits
- GOLDSTEIN Joseph / FREUD Anna / SOLNIT Albert J., Before the Best Interests of the Child (New York/London 1979); zit.: Goldstein, Before
- GROTH Sepp, Kinder ohne Familie (München 1961)
- GUERTLER-SCHLOER Brigitte, Die Verwirklichung des Erziehungsgedankens im schweizerischen Jugendstrafrecht am Beispiel der Strafe (Diss. Zürich 1972)
- GYGAX Ingeborg Theresia, Gestaltung und Abänderung der Elternrechte geschiedener Ehegatten nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch (Art. 156 und 157), Diss. Bern 1953
- HABERSTUMPF Helmut, Die Formel vom Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Berlin 1976)
- HAFFTER Carl, Kinder aus geschiedenen Ehen (2.A. Bern/Stuttgart 1960)
- HEDEMANN Justus Wilhelm, Die Flucht in die Generalklauseln - eine Gefahr für Recht und Staat (Tübingen 1933)
- HEGNAUER Cyril, Berner Kommentar zum Verwandtschaftsrecht (aArt. 252-327 ZGB), Bern 1960-1969; zit.: Hegnauer N ... zu aArt. ...
- HEGNAUER Cyril, Grundgedanken des neuen Kindesrechts, in FS Guldener (Zürich 1973) 127 ff.; zit.: FS Guldener
- HEGNAUER Cyril, Berner Kommentar zum Familienrecht, Sonderband Adoption (Bern 1975); zit.: Hegnauer N ... zu Art. ...
- HEGNAUER Cyril, Grundriss des Kindesrechts (Bern 1977); zit.: Kindesrecht
- HEGNAUER Cyril, Grundriss des Eherechts (Bern 1979); zit.: Eherecht
- HELPER Ray E. / KEMPE C. Henry, Das geschlagene Kind (Frankfurt 1978)
- HENKEL Helmut Ernst, Die Anordnung von Kindesschutzmassnahmen gemäss Art. 307 rev. ZGB (Diss. Zürich 1977)

- HINDERLING Hans, Das schweizerische Ehescheidungsrecht (3.A. Zürich 1967)
- HINDERLING Hans, Supplement zur 3. Auflage des schweizerischen Ehescheidungsrechts (Zürich 1973); zit.: Supplement
- HORSTMANN Martin, Zum Problem der personenrechtlichen Beziehungen im ausserrechtlichen Eltern-Kind-Verhältnis (Bielefeld 1967)
- HUBER Eugen, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts (Basel 1886); zit.: System
- HUBER Eugen, Erläuterungen zum Vorentwurf (2.A. Bern 1914); zit.: Erläuterungen
- HUG Christoph, Die Strafen im schweizerischen Jugendstrafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in den Kantonen der Ostschweiz (Diss. Zürich 1976)
- IMBODEN Max / RHINOW René A., Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung (5.A. Basel/Stuttgart 1976)
- JORIO Tino, Der Inhaber der elterlichen Gewalt nach dem neuen Kindesrecht (Diss. Fribourg 1977)
- JUELKENBECK Hermann, Ueber die Regelung des Sorge- und Verkehrsrechts über Kinder aus geschiedenen Ehen, in FS René König (Soziologie) 420 ff. (Opladen 1973)
- KASER Max, Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt: Das alt-römische, das vorklassische und klassische Recht (2.A. München 1971); zit.: Kaser I
- KASER Max, Das römische Privatrecht, 2. Abschnitt: Die nachklassischen Entwicklungen (2.A. München 1975); zit.: Kaser II
- KEHL Robert und Dieter, Die Abänderung und Ergänzung von Scheidungs- und Trennungsurteilen, 1. Lieferung: Die materiellen Grundsätze (Zürich 1973); zit.: Kehl N ...
- KEHL-BOEHLEN Dietrich, Die Obhut als Institut des Familienrechts (Diss. Zürich 1974); zit.: Kehl-Boehlen
- KNOEPFLER François, L'intérêt de l'enfant et le droit international privé, in Festgabe zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts (Basel 1975) 467*ff.
- KOLLBRUNNER Hans Rudolf, Die Namensänderung (Diss. Bern 1933)
- KRAFT Alfons, Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht (München 1963)
- KUEHN Evelyn, Kindeswohl im Spannungsfeld von Gesellschaft und Recht, in: REHBINDER Manfred / REBE Bernd (Hrsg.), Industriegesellschaft und Recht (Bielefeld 1978) 329 ff.

- LECHLEITER Georg, Das Kind als Gegenstand und Opfer krimineller Misshandlung (Bern/Frankfurt 1971)
- LEMPPE Reinhart, Kindeswohl und Kindesrecht, Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt 61 (1974) 124 ff.
- LIVER Peter, Allgemeine Einleitung zum Berner Kommentar zu den Einleitungsartikeln des ZGB (Bern 1962)
- LLOMPART José, Die Geschichtlichkeit der Rechtsprinzipien (Frankfurt 1976)
- LUECKEN Kurt, Sachverständigenaufgaben im Familien- und Jugendwohlfahrtsrecht, Jahrbuch für Jugendpsychologie und ihre Grenzgebiete III (1962) 174 ff.
- LUTZ Jakob, Kinderpsychiatrie (4.A. Zürich/Stuttgart 1972)
- MARTHALER Maurice, Essai sur le droit aux relations personnelles plus communément appelé droit de visite (thèse Neuchâtel 1963)
- MAURER Alfred, Grundriss des Bundessozialversicherungsrechts (Zürich 1974)
- MAYNTZ Renate, Die moderne Familie (Stuttgart 1955)
- MEIER-HAYOZ Arthur, Berner Kommentar zu Art. 1 und 4 ZGB (Bern 1962); zit.: N ... zu Art. 1 bzw. 4 ZGB
- MEIER-HAYOZ Arthur, Berner Kommentar zum Sachenrecht (Systematischer Teil), 4.A. Bern 1966; zit.: N ... Systematischer Teil
- MERZ Hans, Berner Kommentar zu Art. 2 ZGB (Bern 1962)
- MNOOKIN Robert H., Was stimmt nicht mit der Formel "Kindeswohl?", FamRZ 22 (1975) 1 ff.
- MOMMSEN Theodor, Römisches Strafrecht (Leipzig 1899)
- MUELLER Paul, Die Namensänderung nach Art. 30 ZGB (Diss. Zürich 1972)
- MUENDER Johannes / KUEHN Evelyn, Mögliche Aufgaben empirischer Wissenschaften im Familienrecht, verdeutlicht am Beispiel des Kindeswohls, in: HORN Norbert / TIETZ Reinhard, Sozialwissenschaften im Studium des Rechts (München 1977) 97 ff.
- NAUCKE Wolfgang, Ueber Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht (Tübingen 1973)
- NEUHAUS Paul Heinrich, Ehe und Kindschaft in rechtsvergleichender Sicht (Tübingen 1979)
- OVERBECK Alfred E., L'intérêt de l'enfant en droit international privé, in FS Schnitzer (Genève 1979) 361 ff.

- PETRI Horst, Abschaffung des elterlichen Züchtigungsrechts, Zeitschrift für Rechtspolitik 1976, 64 f.
- PIOTET Paul, Erbrecht, in: Schweizerisches Privatrecht IV/1 (Basel/Stuttgart 1978)
- PROTOKOLL der Expertenkommission zum ZGB (1901-1903); zit.: ProtExpK mit Angabe des Bandes
- PROTOKOLL der Expertenkommission für die Revision des Familienrechts (Kindesrecht: S. 499-1428), 1971-1973; zit.: ProtExpK
- PROTOKOLLE der ständerätlichen und der nationalrätlichen Kommission für die Revision des Kindesrechts (Geschäft 12003); zit.: Prot. SRK bzw. Prot. NRK
- QUAMBUSCH Erwin, Die Persönlichkeit des Kindes als Grenze der elterlichen Gewalt (Diss. Freiburg 1973)
- SALADIN Peter, Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern als Gegenstand des Verfassungsrechts, in FS Hinderling (Basel/Stuttgart 1976) 175 ff.
- SCHENK-DANZINGER Lotte, Entwicklungspsychologie (11.A. Wien 1977)
- SCHEYHING Robert, Pluralismus und Generalklauseln (Tübingen 1976)
- SCHLUSSBERICHT der Expertenkommission zum Gesetzesentwurf über das internationale Privatrecht, Band 13 der Schweizer Studien zum internationalen Recht (Zürich 1979); zit.: Schlussbericht
- SCHMID Peter, Heimat als Voraussetzung und Ziel der Erziehung (Bern/Stuttgart/Wien 1970)
- SCHMIDT-HIDDING Wolfgang, Die Stellung des unehelichen Kindes in den romanischen Rechtsordnungen Europas (Bielefeld 1967)
- SCHWAB Dieter, Die rechtliche Stellung des Kindes in Geschichte und Gegenwart, in: BEHLER Wolfgang (Hrsg.), Das Kind (Freiburg 1971) 379 ff.
- SCHWEIZER Otto, Freie richterliche Rechtsfindung intra legem als Methodenproblem (Basel 1959)
- SCHWEIZERISCHE LANDESKONFERENZ FUER SOZIALWESEN, Kindes- und Adoptionsrecht, Dokumentation zum Seminar vom 11./12. Juni 1980 in Bern (Zürich 1981)
- SIMITIS Spiros, Das "Kindeswohl" - neu betrachtet, in: GOLDSTEIN Joseph / FREUD Anna / SOLNIT Albert J., Jenseits des Kindeswohls (Frankfurt 1974) 93 ff.; zit.: Simitis (Goldstein)

- SIMITIS Spiros u.a., Kindeswohl, Eine interdisziplinäre Untersuchung über seine Verwirklichung in der vormundschaftsgerichtlichen Praxis (Frankfurt 1979); zit.: Kindeswohl
- SPIRO Karl, Ueber den Gerichtsgebrauch zum allgemeinen Teil des revidierten Obligationenrechts (Basel 1948)
- STIEGER-GMUER Regula, Gerechtigkeit im Strafrecht durch Individualisierung? (Diss. Zürich 1976)
- STRACHE Karl-Heinz, Das Denken in Standards (Berlin 1968)
- STRAEULI Hans / MESSMER Georg, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung (Zürich 1976)
- STREE Walter, In dubio pro reo (Tübingen 1962)
- TEUBNER Gunther, Standards und Direktiven in Generalklauseln (Frankfurt 1971)
- TOPITSCH Ernst, Ueber Leerformeln, in FS V. Kraft (Probleme der Wissenschaftstheorie), Wien 1960, 233 ff.
- VISCHER Frank, Internationales Privatrecht, in: Schweizerisches Privatrecht I (Basel 1969) 509 ff.
- WANNER Oskar, Die Mutter-Kind-Beziehung in ihrer Bedeutung für die seelisch-geistige Gesundheit, Praxis der Individualfürsorge Heft 6 (Zürich 1956)
- ZENZ Gisela, Kindesmisshandlung und Kindesrechte (Frankfurt 1979 und - im Verlag Suhrkamp - 1981)
- ZUEND André, Familienzulagen und Familienausgleichskassen der privaten Wirtschaft (Diss. St. Gallen/Zürich 1955)

Einleitung: AUSANGSPUNKT UND PROBLEMSTELLUNG

I. Seit dem 18./19. Jahrhundert wird das Kind in der Gesellschaft allmählich als Person mit eigenen Interessen und Bedürfnissen respektiert, nachdem es jahrhundertlang in einer nach aussen abgeschlossenen Lebensgemeinschaft völlig von seinem Hausvater abhängig gewesen war. Diese Tendenz in Richtung vermehrter sozialer Anerkennung der Persönlichkeit des Kindes hat bis in die heutige Zeit angehalten, so dass sich im allgemeinen heute mehr denn je Eltern, Erzieher und Staat bemühen, auf das einzelne Kind als Individuum einzugehen und seine spezifischen Interessen und eigene Persönlichkeit zu berücksichtigen. Unüberhörbar sind heute die Forderungen nach einer kinderfreundlichen Umwelt, nach kindgerechter Erziehung und schlechthin nach möglichst weitgehender Selbstentfaltung der Kinder. Ein Markstein dieser allgemeinen Entwicklung, die in der Aufklärungszeit ihren Anfang genommen hat, ist die Erklärung der Rechte des Kindes, die am 20. November 1959 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen angenommen wurde¹. Der Kampf für eine soziale und rechtliche Besserstellung der Kinder geht aber heute noch unvermindert weiter. Um dieser Tatsache nachhaltigen Ausdruck zu verleihen, wurde in einer weiteren UNO-Erklärung² das Jubiläumsjahr 1979 der erstgenannten Deklaration zum internationalen Jahr des Kindes bestimmt, in welchem zahlreiche internationale, nationale und regionale Reaktionen und Kundgebungen weltweit zu einem veränderten Bewusstsein über die Situation des Kindes beigetragen haben.

Diese positive Entwicklung vermag jedoch nicht über die Tatsache hinwegzutäuschen, dass noch vielerorts in der Welt Hunger, Gewalt und die verschiedensten Formen sozialer Ungerechtigkeit und Zwänge vorherrschen, wovon die Kinder jeweils besonders hart betroffen sind. Auch heutzutage, nach dem Jahr des Kindes und noch mitten im "Jahrhundert des Kindes", häufen sich Berichte über Missbräuche der elterlichen Gewalt und

1 Resolution 1386 (XIV), abgedruckt hinten 213 f.

2 Resolution 31/169 vom 21. Dezember 1976

Kindesmisshandlungen aller Art. Ausserdem ist auch heute noch eine allgemeine Feindseligkeit der Oeffentlichkeit wie auch vieler einzelner im Verhalten gegenüber der Jugend spürbar, was in diversen Dokumenten der UNESCO gar als "Anti-Jugend-Rassismus" bezeichnet wird³.

II. Zwischen der sozialen und der rechtlichen Entwicklung besteht eine Interdependenz in dem Sinne, dass sich eine Entwicklung im sozialen Bereich in der Regel nach einer gewissen Bewährungszeit auch in der Gesetzgebung niederschlägt und dass umgekehrt ein neues Gesetz Impulse zu weiteren Fortschritten im sozialen Bereich verleihen kann. So wurden und werden seit der Aufklärungszeit die Bestrebungen nach einer Verbesserung der Stellung des Kindes schrittweise in den Gesetzen verankert. Die Anerkennung des Kindes als eigenständige Person kam zusehends auch im Recht zum Ausdruck; die heutigen modernen Privatrechtskodifikationen enthalten nun regelmässig eine positive und umfassende Regelung des Kindesrechts. Wegen seiner schwachen sozialen Stellung bedarf das Kind eines wirksamen rechtlichen Schutzes, das Recht muss stellvertretend für das Kind dessen spezifische Interessen wahrnehmen.

III. Es war naheliegend⁴, dass die Gesetzgeber bei der Realisierung solcher Zielsetzungen bald einmal auf die Generalklausel des Kindeswohls gestossen sind. Diese "magische Formel"⁵, die auch bei den beiden Gesetzesrevisionen im Kindesrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuches den Gesetzgeber massgeblich geleitet hat, bedarf allerdings zuerst einer Konkretisierung. Sie ist aber in ihrer Allgemeinheit wohl die geeignetste Umschreibung dessen, was die Rechtsordnung im Unmündigenrecht zu schützen hat⁶. Aus diesem Grunde hat die Kindeswohlformel in den letzten Jahrzehnten auch in die meisten ausländischen

³ Boulding (4 f.) stellt dabei fest, dass die Kinder die einzige unterdrückte Schicht sind, die auf der ganzen Welt vorkommt.

⁴ zur historischen Entwicklung vgl. hinten 141 ff.

⁵ So Carbonnier 675 (zit. bei Goldstein, Jenseits 145/146 Anm. 89): "L'intérêt de l'enfant c'est la notion magique."

⁶ vgl. dazu hinten 122/123

Rechtsordnungen Eingang gefunden.

IV. In einem ersten Hauptteil dieser Arbeit soll nun die notwendige Konkretisierung des Kindeswohlbegriffs im schweizerischen Recht vorgenommen werden. Zuerst wird dabei untersucht, wie die Generalklausel im Einzelfall auszulegen ist. Hernach stellt sich die Frage, ob sich allenfalls mit dieser induktiven Methode ein gemeinsamer Nenner für eine allgemeine Konkretisierung des Kindeswohlbegriffs finden, ob sich also das Fazit der Ueberlegungen in eine kurze, griffige Formel fassen lässt.

V. Der zweite Teil der Arbeit ist den Fragen gewidmet, wie weit man beim Kindeswohl von einem gesetzgeberischen Leitgedanken sprechen kann und welche Konsequenzen sich daraus allenfalls für die Rechtsanwendung ergeben.

1. Teil: ANALYSE DES BEGRIFFES "KINDESWOHL"

§ 1 Kind

Der Kindesbegriff ist sehr vieldeutig. Je nach Wissens- oder Sachgebiet wird mit Kindheit eine unterschiedlich lange Lebensphase bezeichnet; oft hat der Kindesbegriff auch gar nichts mit Kindheit zu tun. Beginn des Kindseins ist in jedem Falle die Geburt. Das Ende fällt hingegen je nach Sprachgebrauch oder Fachgebiet auf eine unterschiedliche Altersstufe. Wo der Ausdruck Kind nur der Bezeichnung eines Abstammungsverhältnisses dienen soll⁷, endet das Kindsein sogar erst mit dem Tode.

I. Psychologischer Kindesbegriff

In der Entwicklungspsychologie ist natürlich häufig vom Kind die Rede, in der Regel jedoch ohne einheitliche Verwendung des Begriffs. Eine präzise Umschreibung des Kindesbegriffs mittels fixer Altersgrenzen wäre in psychologischer Hinsicht kaum möglich und vor allem praktisch nutzlos, da die Entwicklung des Menschen je nach den gegebenen genetischen, soziokulturellen (Kulturkreis, Umwelt, Familie, Schule) und seelischen Faktoren sehr individuell erfolgt.

Weil sich für die Zeit von der Geburt bis zur Vorpubertät⁸ noch kein eindeutiger phänomenaler Grundtatbestand ergibt⁹, gliedert der Psychologe diese Phase in einzelne Lebensabschnitte¹⁰:

- Säuglingsalter (erstes Lebensjahr)
- Kleinkindalter (bis und mit Vorschulalter¹¹)

⁷ vgl. hinten 28 f.

⁸ Die Vorpubertät ist die Zeitspanne zwischen dem ersten Erscheinen der sekundären Geschlechtsmerkmale und dem ersten Funktionieren der Geschlechtsorgane, vgl. Schenk-Danzinger 261.

⁹ Behler 1

¹⁰ Als Beispiel dient hier die Einteilung bei Schenk-Danzinger. Zu den verschiedenen Einteilungssystemen der Entwicklungsphasen in der Entwicklungspsychologie vgl. Lutz 22 ff. und 29.

¹¹ Behler (1) klammert das Vorschulalter als eigenständige Phase aus.

- Spätere Kindheit (Schulalter bis zur Vorpubertät)

Beim Eintritt in die Vorpubertät sprechen die Psychologen vom Ausklingen der Kindheit. Knaben sind daher nach der psychologischen Terminologie durchschnittlich länger Kinder als Mädchen. Denn bei den Mädchen fällt der von verschiedensten Faktoren abhängige Eintritt in die Vorpubertät etwa in die Zeit zwischen dem 9./10. und dem 15. Lebensjahr, während er bei Knaben in der Regel erst zwischen dem 11. und dem 16. Lebensjahr erfolgt¹².

Kind im psychologischen Sinne ist also in der Regel der junge Mensch zwischen Geburt und Vorpubertät. Von der Vorpubertät an sprechen die Entwicklungspsychologen vom Jugendalter.

II. In körperlicher Hinsicht

Auch der medizinische Kindesbegriff kann und muss nicht genau definiert werden. Er ist weitgehend mit dem psychologischen identisch, weil dieser an die Entwicklung anknüpft und der psychologische Begriff der Entwicklung sowohl Lernvorgänge als auch Reifungsschritte umfasst¹³. Der Eintritt der Vorpubertät ist also auch in medizinischer Hinsicht das Anzeichen einer ausklingenden Kindheit und eines allmählichen Uebertritts ins Jugendalter.

III. Umgangssprache

Im täglichen Sprachgebrauch wird der Kindesbegriff in verschiedenen Bedeutungen verwendet.

Zum einen dient der Ausdruck Kind der altersmässigen Abgrenzung von den Erwachsenen. Wer nicht erwachsen ist, gilt in der Regel als Kind und umgekehrt¹⁴. Interessant ist, welches Alter oder welches Ereignis als Uebergang vom Kind zum Erwachsenen betrachtet wird. Es zeigt sich, dass dies sehr in-

¹² vgl. Schenk-Danzinger 261 ff.

¹³ Schenk-Danzinger 20

¹⁴ Immerhin kennt die Umgangssprache für die Uebergangsphase vom Kind zum Erwachsenen mit dem Ausdruck "Jugendlicher" eine gewisse Nuancierung.

dividuell bewertet wird. Generell lässt sich nur feststellen, dass die Kindheit der Umgangssprache länger als die psychologische oder medizinische Kindheit dauert. Die Kriterien für die Abgrenzung Kindesalter - Erwachsenenalter variieren je nach Region, sozialem Milieu, nach Alter, Konfession oder persönlicher Anschauung. Die Kindheit in der Umgangssprache wird beispielsweise beendet mit dem Erreichen einer bestimmten Altersgrenze oder der Mündigkeit, mit der Schulentlassung bzw. dem Beginn einer Lehre, mit der Konfirmation, aufgrund der äusserlichen Erscheinung usw. Der Eintritt des Kindes ins Erwachsenenalter erfolgt nach diesen Kriterien also etwa zwischen dem 13. und 20. Lebensjahr.

In einer zweiten Bedeutung verwendet der Volksmund den Ausdruck Kind als übergeordneten Begriff zu Sohn und Tochter, also zur Bezeichnung eines Abstammungsverhältnisses. In diesem Sinne bleibt der Mensch während seines ganzen Lebens Kind (das Kind seiner Eltern). Der Ausdruck Kindheit wird in diesem Zusammenhang jedoch nicht mehr gebraucht, er bezieht sich nur auf den erstgenannten Kindesgegriff der Umgangssprache.

IV. Kindesbegriff im juristischen Sprachgebrauch

Der Kindesbegriff kann, obwohl er in verschiedenen Fachgebieten häufig gebraucht wird, nirgends einheitlich definiert werden. Selbst im juristischen Sprachgebrauch, der den Ausdruck aus der Umgangssprache übernommen hat, hat "Kind" zwei verschiedene Bedeutungen: zum einen bedeutet es eine altersmässige Abgrenzung vom Jugendlichen oder Erwachsenen (→Kindheit), zum andern dient der Ausdruck nur der Bezeichnung eines Abstammungsverhältnisses.

1. Kind als altersmässige Abgrenzung

Vor allem im Strafgesetzbuch wird Kind oft als altersmässige Abgrenzung vom Jugendlichen bzw. Erwachsenen verwendet, wobei dem Gesetz aber keine allgemeine obere Altersgrenze zu entnehmen ist. Die wegen seiner Ungenauigkeit notwendige Präzisierung dieses Kindesbegriffs kann je nach dem Zweck der betreffenden Norm verschieden ausfallen. So ist zum Beispiel im

Strafgesetzbuch dort vom "Kind unter 16 Jahren" die Rede, wo die Erhaltung der körperlichen, seelischen oder sittlichen Integrität die Festlegung eines solchen Schutzalters verlangt¹⁵. In Art. 202 StGB versteht das Gesetz unter Kind offenbar jede unmündige Person: während der Randtitel dieser Bestimmung vom "Frauen- und Kinderhandel" spricht¹⁶, ist nämlich im Text von Ziffer 1 vom Handel mit "Frauen oder Minderjährigen" die Rede. Im Jugendstrafrecht, wo das Kind als Täter in Erscheinung tritt, wird aus Rücksicht auf die Entwicklungsstadien zwischen Kindern, Jugendlichen und jungen Erwachsenen unterschieden. Kind im Sinne des Jugendstrafrechts ist nach Art. 82 StGB, wer das 15. Altersjahr noch nicht zurückgelegt hat. Vom 15. Geburtstag an behandelt das Gesetz den Delinquenten als Jugendlichen.

Oft ergibt sich die Konkretisierung des Kindesbegriffs auch aus dem Zweck einer Bestimmung. So ist beispielsweise in bezug auf Art. 219 Abs. 1 StGB eine Person solange Kind, als die elterliche Erziehungspflicht besteht. In Art. 116 StGB oder 252 Abs. 1 ZGB hingegen kann mit Kind nur das Neugeborene gemeint sein, während der Wortsinn in Art. 287 oder 288 Abs. 2 ZGB auf das unmündige Kind einzuschränken ist¹⁷.

Der Kindesbegriff dient sodann auch in Art. 16 ZGB der Bezeichnung einer Entwicklungsphase: nach dieser Bestimmung kann eine Person wegen ihres "Kindesalters" urteilsunfähig sein. Dabei hat der Gesetzgeber bewusst auf eine altersmässige Fixierung des Kindesbegriffs verzichtet, weil die Urteilsfähigkeit je nach der Art der betreffenden Frage im einen Fall mit acht und im andern noch nicht einmal mit 16 Jahren gegeben sein kann¹⁸.

2. Kind als Abstammungsbezeichnung

In den allermeisten Fällen ist der Begriff Kind im juristischen Sprachgebrauch blosser Abstammungsbezeichnung. Das

¹⁵ vgl. Art. 134, 136, 185 und 191 StGB

¹⁶ ebenso Ziff. 2 Abs. 8 und in Ziff. 3

¹⁷ Hegnauer in ZVW 1980, 97

¹⁸ vgl. Bucher N 68 ff. zu Art. 16 ZGB

heisst, dass in der Regel unter Kind ohne Rücksicht auf das Alter der Nachkomme ersten Grades der Eltern zu verstehen ist.

Dieser Kindesbegriff liegt allen Bestimmungen zugrunde, welche die Beziehungen zwischen den Eltern und ihren direkten Nachkommen (Kindern) betreffen. In erster Linie ist dies also im Kindesrecht des ZGB der Fall, ferner aber auch etwa im Eherecht¹⁹, Personenrecht²⁰, Erbrecht²¹, IPR²², in der Bürgerrechtsgesetzgebung²³ usw.

Grundsätzlich können Personen jeden Alters Kind in diesem Sinne sein. Im Erbrecht ist dies immer der Fall, wenn der Kindesbegriff verwendet wird. Auch Art. 272 ZGB sieht zum Beispiel keine Altersgrenzen vor, weshalb die gegenseitige Beistandspflicht von Eltern und Kind ohne Rücksicht auf das Alter bis zum Tod einer Partei besteht²⁴.

Wo dieser Kindesbegriff für den Zweck einer Norm jedoch zu weit geht, muss das Gesetz eine Altersgrenze festlegen. So haben beispielsweise die Eltern zwar grundsätzlich Anspruch auf persönlichen Verkehr mit dem Kind, das nicht unter ihrer elterlichen Gewalt oder Obhut steht; Art. 273 ZGB beschränkt diesen Anspruch aber auf das unmündige Kind, weil durch ein Besuchsrecht seiner Eltern nach Erreichen der Mündigkeit seine Persönlichkeit unzumutbar beschränkt würde. Das Gesetz will mit solchen Altersgrenzen aber nicht etwa den Kindesbegriff allgemein einengen, auch nach Erreichen der Mündigkeit und Beendigung des Besuchsrechts bleibt das Kind noch Kind im Sinne des Gesetzes.

V. Für das Kindeswohl massgebender Kindesbegriff

Wo vom Kindeswohl oder von Kindesinteressen die Rede ist, geht es regelmässig um Menschen in jungem oder jugendlichem

¹⁹ Beispiel: Art. 159 Abs. 2 ZGB

²⁰ Beispiel: Art. 25 Abs. 1 ZGB

²¹ Beispiel: Art. 457 Abs. 2 und 3 ZGB

²² Beispiele: Art. 8d Abs. 1 und 2 NAG; Art. 67 ff. des Entwurfes für ein IPR-Gesetz

²³ Beispiel: Art. 1 Abs. 2 und 3 BÜG

²⁴ vgl. Hegnauer N 5 zu aArt. 271 ZGB

Alter. Der nur der Bezeichnung eines Abstammungsverhältnisses dienende Kindesbegriff, auf welchen das Gesetz in der Mehrzahl der Fälle abstellt, ist somit im Zusammenhang mit dem Kindeswohl nicht massgebend. Kind steht hier vielmehr in Beziehung zur Kindheit, wobei sich in bezug auf die Bedeutung des Kindeswohls zwar keine Definition des Kindesbegriffs, jedoch eine absolute obere Altersgrenze anführen lässt: die Rechtsfigur des Kindeswohls spielt nur für *unmündige Kinder* eine Rolle. Denn das Kindeswohl übernimmt im wesentlichen eine Ersatzfunktion für den Willen des unmündigen Kindes, solange dieser wegen der fehlenden oder nur beschränkten Handlungsfähigkeit rechtlich noch nicht relevant ist²⁵. Wo jedoch der Wille des Kindes bereits rechtlich bedeutsam ist - sei es durch Eintritt der Mündigkeit (Art. 14 f. ZGB), durch die Existenz einer beschränkten Handlungsfähigkeit (Art. 19 ZGB) oder sei es kraft ausdrücklicher Vorschrift (wie z.B. Art. 265 Abs. 2 ZGB) -, da erübrigt sich automatisch die Berufung auf das Kindeswohl.

²⁵ dazu hinten 135 f.

§ 2 Kindeswohl

I. Problematic einer Generalklausel

1. Vorbemerkungen

A. 1933 ist eine Schrift von Justus Wilhelm Hedemann über "Die Flucht in die Generalklauseln" erschienen mit dem warnenden Untertitel: "Eine Gefahr für Recht und Staat". Diese inhaltlich gute und recht ausgewogene Studie, in der Hedemann auf die den Generalklauseln innewohnende Gefahr politisch-monopolistischer Auslegung und damit nackter Willkür hinweist²⁶, hat in der Literatur nur wenig Beachtung gefunden²⁷. Allerdings scheinen die von Hedemann aufgezeichneten Probleme nicht überwunden zu sein, denn auch heute noch ist immer wieder von einer zunehmenden Flucht in die Generalklauseln die Rede. Nach Erik Jayme tendiert gerade die Entwicklung des Familienrechts in diese Richtung, wobei er namentlich die immer häufiger anzutreffende Berufung auf das Kindeswohl erwähnt²⁸. Die Problematik zunehmender Statuierung von Generalklauseln besteht aber offenbar nicht nur im Familienrecht und auch nicht nur im Privatrecht, sondern - wie übrigens schon bei Hedemann - in praktisch allen Rechtsgebieten. So beklagt sich unter anderen Wolfgang Naucke in seinem Aufsatz über Generalklauseln im Strafrecht darüber, dass es in den (deutschen) Strafrechtsreformgesetzen der letzten Jahre geradezu von Generalklauseln wimmle und dass dies nur Teil einer Entwicklung sei, in der das Strafrecht immer unklarer werde²⁹.

²⁶ Hedemann 70 ff.

²⁷ Vielleicht liegt es daran, dass trotz vehementer Ablehnung von Totalitarismus und Rechts- und Machtmissbrauch gegen Ende der Abhandlung doch gewisse, der damaligen Zeit entsprechende Misstöne aufkommen. So rechtfertigt Hedemann (73) immerhin eine "politische Behandlung" der Generalklauseln in "wirklich staatsnotwendigen Fragen" und schlägt in den letzten drei Sätzen des Buches eine etwas verpönte Tonart ein, zumal die Schrift erst nach dem berüchtigten Ermächtigungsgesetz erschienen ist. Dennoch verdienen m.E. die darin geäußerten, oft spitz formulierten Ansichten über Vor- und Nachteile von Generalklauseln mehr Beachtung.

²⁸ Erik Jayme im Vorwort zum Aufsatz von Mnookin in FamRZ 22 (1975) 1. Diese Feststellung macht Jayme nicht nur bezüglich des deutschen Rechts.

²⁹ Naucke 3, 26

- B. Generalklauseln existieren nicht erst seit neuester Zeit. Für den Bereich der strafrechtlichen Gesetzgebung weist Naucke³⁰ bis zur Zeit des ersten Weltkrieges das Bestehen zahlreicher Generalklauseln nach. Im übrigen vermutet er die Ursache des Generalklauselproblems in der Wendung zum abstrakten und allgemeinen Gesetz, die für das Strafrecht in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts stattgefunden hat³¹. Aber das Problem ist beinahe so alt wie das Recht selbst: schon bei Gaius³² ist die Generalklausel der bona fides anzutreffen. Später stellte dann Justinian an die Spitze seines corpus iuris civilis das ius aequum et bonum³³, welches auf Celsus (zweites Jahrhundert nach Christus) zurückgeht. Generalklauseln bestehen heute zweifellos in zahlreicherem Umfange als im römischen Recht, sie sind aber als solche keine Erfindung neuerer Gesetzgebungstechnik.
- C. Generalklauseln haben für Gesetzgeber, Richter und Rechtswissenschaftler viele Vorteile, denen aber mindestens so viele potentielle Nachteile gegenüberstehen. Ob die Schaffung einer Generalklausel gerechtfertigt ist, hängt in erster Linie vom konkreten Fall ab. Es gibt Situationen, in denen der Gesetzgeber mit klaren, konkreten Normen das anvisierte Ziel ebenso gut erreichen kann wie mit einer Generalklausel. Umgekehrt ist durchaus der Fall denkbar, in welchem sich dem Gesetzgeber nach sorgfältiger Abwägung von Vor- und Nachteilen sowohl aus grundsätzlicher als auch aus fallspezifischer Sicht die Statuierung einer Generalklausel als die beste Lösung anbietet. Ohne Generalklauseln ist noch keine Rechtsordnung angekommen, schon gar nicht in Bereichen, in denen umfassende Kodifikationen bestehen. Allerdings muss wegen der Gefahren mit der Schaffung neuer Generalklauseln Zurückhaltung geübt werden. Generalklauseln dürfen nicht überhandnehmen, sie sollen die übrigen Normen auf keinen Fall verdrängen³⁴. Sie bedeuten

³⁰ Naucke 10 f.

³¹ Naucke 11 Anm. 14

³² Gaius 4, 62; vgl. Hedemann 2

³³ D. 1.1.1 pr., Hedemann 1

³⁴ Dies bedeutet jedoch nicht, dass Generalklauseln nicht als Maxime über einem Gesetz stehen und als solche der Rechtsanwendung überall dort den Weg weisen können, wo Zweifel bestehen oder wo es an konkre-

stets ein Vertrauensvotum der Legislative an die Adresse des Richters³⁵. Dieses Vertrauen scheint mindestens für schweizerische Verhältnisse im allgemeinen gerechtfertigt zu sein, da sich die den Generalklauseln innewohnenden Gefahren in der schweizerischen Rechtspraxis bisher kaum oder jedenfalls nie in gravierender Weise realisiert haben. Dies mag damit zusammenhängen, dass die freie Stellung des schweizerischen Richters auf einer festen Tradition gründet und vor allem auch die besondere Bedeutung von Lehre und Ueberlieferung in diesem Sinne hemmend wirkt³⁶. Deshalb wird die Frage der Problematik von Generalklauseln in der Schweiz kaum diskutiert. Diese Sorglosigkeit besteht zum Teil zu Unrecht; denn wie leicht solch theoretische Probleme zu lebensnah praktischen werden können, haben die Ereignisse im Dritten Reich mit aller Deutlichkeit gezeigt. Immerhin haben nicht zuletzt die vielen Gefahren bisher auch den schweizerischen Gesetzgeber zur Zurückhaltung bei der Schaffung von Generalklauseln ermahnt, das starre Recht hat die Vorherrschaft eindeutig beibehalten³⁷.

2. Begriffliches

Die folgende begriffliche Differenzierung ist in der Literatur nur selten anzutreffen, was im besonderen für das schweizerische Schrifttum gilt. Obschon die Begriffe relativ häufig Verwendung finden, erachtet es kaum ein Autor als nötig, sie näher zu umschreiben oder gar voneinander abzugrenzen; vergeblich wird man in der Literatur nach allgemeingültigen Definitionen suchen. Die verschiedenen Ausdrücke werden meist untechnisch gebraucht, so dass sich oft Ueberschneidungen er-

ten Normen mangelt.

³⁵ vgl. Scheyhing 19 Anm. 15

³⁶ Meier-Hayoz N 39 zu Art. 4 ZGB. Meier-Hayoz führt diese Tatsache ausserdem auf den "konservativen Charakter des Schweizers im allgemeinen und des schweizerischen Richters im besonderen" (was auch immer darunter zu verstehen ist!) zurück.

³⁷ Meier-Hayoz (N 37 zu Art. 4 ZGB) spricht von der Eigenart des schweizerischen Rechts, Billigkeitsentscheidungen in grossem Umfange vorzusehen. Dies bedeutet aber nicht gleichzeitig eine Bereitschaft des schweizerischen Gesetzgebers, in ebenso grossem Umfange Generalklauseln zu dekretieren. Denn Generalklauseln sind keine Aufforderung zu blossen Billigkeitsentscheidungen (vgl. dazu hinten 34 ff.).

geben.

A. Blankettnorm, Leerformel

Blankettnorm und Leerformel sind in der Regel Synonyma. Nach Esser sind diese Begriffe nach keiner Seite hin abgrenzbar³⁸. Noch deutlicher formuliert es Haberstumpf³⁹: bei einer Leerformel kommt es ganz auf die Auffassung der Gerichte an, auf welche Sachverhalte oder Gegenstände sie Anwendung finden soll. In der Gerichtspraxis bestehen bei einer Leerformel keine festen Anwendungsregeln, es werden von Fall zu Fall reine Billigkeitsentscheidungen gefällt.

B. Generalklausel und "dehnbarer Begriff"

Der Begriff der Generalklausel ist wesentlich enger als derjenige der Leerformel. Naucke hat es mit einer Definition versucht⁴⁰: Generalklauseln sind jene Gesetzesformulierungen, die die folgenden Merkmale aufweisen: grosse Unbestimmtheit, so dass das Regelungsziel nicht klar ist; grosse Allgemeinheit, so dass der zu regelnde Bereich nicht klar ist; grosse Verschwommenheit, so dass das beim Handhaben derartiger Regeln einzuschlagende Verfahren nicht klar ist. Die Polemik in dieser Umschreibung ist nicht zu überhören, sie entspringt einer extremen Abneigung des Autors gegenüber Generalklauseln. Zutreffend an dieser Definition sind die für eine Generalklausel typischen Elemente der (relativen) Unbestimmtheit und Allgemeinheit. Die Allgemeinheit ergibt sich schon aus der Bezeichnung als *Generalklausel*. Unbestimmt, aber im Einzelfall näher bestimmbar, sind die in den Generalklauseln regelmässig enthaltenen Zielformeln und rechtlichen Normalmassstäbe sozialen Verhaltens.

Nach Kraft bedeuten Generalklauseln eine Delegation gesetzge-

³⁸ Esser 95 Anm. 27. Die in dieser Fussnote angebrachte Kritik an Hedemann ist nicht gerechtfertigt, da gerade Hedemann (55/56) eine Abgrenzung des Begriffs der Generalklausel versucht.

³⁹ Haberstumpf 74, Topitsch 233 ff. Nach Haberstumpf kann die Formel vom "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" eine solche Blankettnorm sein.

⁴⁰ Naucke 3

berischer Aufgaben an die Gerichte⁴¹. Da Gesetzgebung - so Kraft⁴² - eine besondere Technik der Interessenabwägung ist, sind die Generalklauseln "methodische Anweisungen zur Interessenabwägung". In Verbindung mit Naucke ergäbe sich somit folgende Umschreibung: Generalklauseln sind allgemeine, unbestimmte Gesetzesformulierungen, die für den Richter eine methodische Anweisung des Gesetzgebers zur Interessenabwägung darstellen. Das Gesetz verzichtet in der Generalklausel auf eine eigene, detaillierte Antwort und ermächtigt hiezu den Richter. Für den Rechtsunterworfenen bedeutet dies eine Verweisung auf den Gerichtsgebrauch⁴³. Für den Richter bedeuten Generalklauseln Vollmachten zu notativer Tatbestandsbildung, zur Richterrechtsbildung, weshalb sie Perreau nicht unpassend mit der Kategorie der römischen *actiones in factum conceptae* verglichen hat⁴⁴. Der Richter darf aber Generalklauseln nicht in eine Legitimation für reine Billigkeitsentscheidungen im Sinne des gerade Angemessenen oder des sozial-ethisch Wünschbaren umdeuten; Generalklauseln sind keine Blankettnormen⁴⁵.

Die Generalklausel ist also präziser als die Blankettnorm, hat aber immer noch eine grössere Spannweite als die sogenannten dehnbaren Begriffe. Denn die Generalklausel steht über den einzelnen Tatbeständen, während der dehnbare Begriff Tatbestand oder Tatbestandsteil bleiben will⁴⁶. Die Grenzen sind natürlich fließend, es kann nicht jede Regel eindeutig als Generalklausel oder Nicht-Generalklausel eingeordnet werden⁴⁷.

Das Kindeswohl ist ein Normativbegriff, welcher ein Werturteil verlangt⁴⁸. Es ist nicht nur ein durch blosser Auslegung zu konkretisierender dehnbarer Begriff, die richterliche Norm-

⁴¹ Kraft 42

⁴² Kraft 23 ff., 43; Teubner 44

⁴³ Spiro 38

⁴⁴ Nachweis bei Esser 335 (Anm. 39)

⁴⁵ Merz N 32 zu Art. 2 ZGB, Meier-Hayoz N 68 zu Art. 4 ZGB; hinten 37

⁴⁶ Hedemann 53 f.

⁴⁷ Nach Naucke (12) hat das Akzeptieren wertausfüllender Begriffe ohnehin die Grenze zwischen Generalklausel und Nicht-Generalklausel verwischt.

⁴⁸ Zum Wesen der Normativbegriffe eingehend Schweizer 59.

gestaltung ist hier vielmehr ergänzende Wertungsarbeit im Sinne von Art. 1 ZGB, weil die Wertprinzipien selbst nicht kodifiziert sind. Der Richter ist nur an ausserrechtliche, aber doch "objektive", also konventionelle Massstäbe gebunden⁴⁹. Diese Bindung des Richters an gewisse Grundsätze bewirkt, dass in der Gerichtspraxis mit der Zeit mehr oder weniger feste Anwendungsregeln geschaffen werden. Der Begriff des Kindeswohls ist also nicht nach keiner Seite hin abgrenzbar, das Kindeswohl ist nicht Leerformel, sondern *Generalklausel*.

C. Unbestimmter Gesetzesbegriff

Im Zusammenhang mit Generalklauseln spricht das Bundesgericht gerne vom unbestimmten Rechtsbegriff, das Schrifttum (vorab im Verwaltungsrecht) etwas zutreffender vom unbestimmten Gesetzesbegriff. Mit dieser Terminologie soll die Interpretation von Generalklauseln von der gewöhnlichen richterlichen Ermessensbetätigung abgehoben werden. Das Bundesgericht stützte sich anfänglich bei der Ueberprüfung der Auslegung von unbestimmten Gesetzesbegriffen auf die Theorie der einzig richtigen Entscheidung: "Wer den Sinn eines sogenannten unbestimmten Rechtsbegriffs zu finden hat, betätigt ... kein Ermessen, sondern beantwortet eine Rechtsfrage. Wohl sind diese Ausdrücke im einzelnen Fall näher zu bestimmen und auf den entsprechenden Sachverhalt anzuwenden. Sie lassen aber keine Wahl zwischen zwei oder mehreren gleichwertigen Lösungen. Richtig ist nur eine einzige Auslegung" (BGE 95 I 40, 94 I 135, 91 I 75). Imboden/Rhinow bezeichnen diese Theorie als Fiktion, weil sie den modernen Erkenntnissen der Methodologie und Gesetzgebungslehre widerspreche⁵⁰. Indem das Bundesgericht der rechtsanwendenden Behörde auch bei der Auslegung von unbestimmten Gesetzesbegriffen einen gewissen Beurteilungsspielraum zugesteht⁵¹, hat es seine frühere Praxis zum Teil selbst relativiert. Der eingeräumte Beurteilungsspielraum unterschei-

⁴⁹ Esser 150, dazu hinten 128 ff.

⁵⁰ Imboden/Rhinow Nr. 66 B II b

⁵¹ vgl. BGE 96 I 373, 99 Ia 485, 103 Ia 503, 103 IV 97 und 278 f., 106 IV 77/78

det sich nämlich kaum vom richterlichen Ermessen, so dass sich die Abgrenzung zwischen der Auslegung unbestimmter Gesetzesbegriffe und der gewöhnlichen Ermessensbetätigung nicht scharf vornehmen lässt. Auch wenn sich das Bundesgericht bei unbestimmten Gesetzesbegriffen nach wie vor die grundsätzlich freie Ueberprüfbarkeit vorbehält (vgl. BGE 95 I 406), auferlegt es sich eine gewisse Zurückhaltung, indem vertretbare Auslegungen durchaus akzeptiert werden (BGE 96 I 373, 103 IV 278/279, 106 IV 77/78).

Auch die Generalklausel des Kindeswohls ist ein unbestimmter Gesetzesbegriff. Dem Richter steht also bei ihrer Auslegung innerhalb enger Grenzen ein gewisser Beurteilungsspielraum offen. Den Inhalt der Generalklausel gewinnt er aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift sowie aus deren Stellung im Gesetz und im Rechtssystem (BGE 93 I 6, 96 I 373). Er hat bei der Auslegung unbestimmter Gesetzesbegriffe die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen und darf sich nicht einfach auf eine generelle Richtlinie stützen⁵². Trotz der aus Rücksicht auf diesen Ermessensspielraum geübten Zurückhaltung kann das Bundesgericht die Konkretisierung des Kindeswohls als Beantwortung einer Rechtsfrage grundsätzlich überprüfen. Die Generalklausel ist also kein Freibrief für den Richter; er bleibt den Gesetzen des Denkens und der Erfahrung unterworfen und hat insbesondere wissenschaftlich als gesichert geltende Erkenntnisse zu beachten. Allerdings werden mit dem Moment der richterlichen Ueberzeugung stets auch gewisse Unsicherheitsfaktoren eingetauscht. Es liegt aber schliesslich im Wesen eines Rechtsstaates, dass bis zu einem gewissen Grade die Unzulänglichkeit menschlicher Erkenntnisfähigkeit in Kauf genommen werden muss⁵³.

D. Sach- und Ermächtigungsnorm

Eine Generalklausel ist eine Sachnorm, wenn sie die Weisung zur Verwirklichung erkennbar umschriebener Werte enthält⁵⁴.

⁵² BGE 103 Ia 503, Meier-Hayoz N 46 zu Art. 4 ZGB

⁵³ Stree 37 ff.

⁵⁴ Merz N 29 zu Art. 2 ZGB

Dies ist bei der Formel des Kindeswohls nicht der Fall: sie verlangt und erlaubt das Werturteil des Richters in einer vom Gesetzgeber gestellten, aber unbeantworteten Frage und ist somit *Ermächtigungsnorm*⁵⁵. Durch die Präzisierung solcher Ermächtigungsnormen in Fallgruppen, durch die Kasuistik also, wird eine gewisse Rechtssicherheit hergestellt⁵⁶.

E. Standards und Direktiven

Die Begriffe Standard und Direktive haben kaum Aufnahme in die schweizerische Rechtssprache gefunden. Sie entstammen dem amerikanischen Schrifttum⁵⁷ und wurden - mit etwas unterschiedlichem Bedeutungsgehalt - von der französischen Doktrin übernommen⁵⁸. Mit dem grundlegenden Werk von Esser über Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts wurden die Begriffe auch in die deutsche Rechtssprache eingeführt⁵⁹.

Standard ist zu verstehen als rechtlicher Normalmassstab sozialen Verhaltens⁶⁰, wobei noch weiter unterschieden wird zwischen positivem und negativem Standard⁶¹. Positiver Standard ist der in der sozialen Wirklichkeit akzeptierte Normalmassstab korrekten sozialen Verhaltens, während negative Standards in der sozialen Wirklichkeit akzeptierte Disqualifizierungen bestimmten sozialen Verhaltens sind. Wo eine Abgrenzung zwischen Standard und Direktive vorgenommen wird, ist der Standard einfach der reale Massstab der Vernunft, die *Direktive* hingegen die auf dieser Basis gefundene Zielformel⁶².

Generalklauseln enthalten sehr oft Standards und Direktiven.

⁵⁵ auch Kompetenz-, Legitimations- oder Delegationsnorm genannt (Merz N 29 zu Art. 2 ZGB)

⁵⁶ vgl. Teubner 43

⁵⁷ Strache 9 ff. mit Literaturnachweisen in Anm. 3-16

⁵⁸ In der französischen Lehre ist jedoch eine gewisse freirechtliche Tendenz festzustellen, indem in diesem Zusammenhang gerne das *élément de mobilité* im Recht betont wird. Vgl. Strache 12 ff. mit zahlreichen Literaturnachweisen.

⁵⁹ vgl. Esser 96 f., 150; seither unter anderen Strache, Teubner, Gernhuber 231 ff.

⁶⁰ Strache 9

⁶¹ Strache 69, Gernhuber 232

⁶² Strache 13, 97 ff.

Die Generalklausel des Kindeswohls fordert zum Beispiel von den Eltern im Sinne eines positiven Standards korrekte und vernünftige Pflege und Erziehung der Kinder, wobei der reale Normalmassstab den wissenschaftlichen Erkenntnissen und der sozialen Wirklichkeit zu entnehmen ist. Als negativer Standard enthält die Kindeswohlformel zum Beispiel das Verbot jeglicher Schädigung der Kinder. Als Direktive schliesslich fordert das Wohl des Kindes nicht ein bestimmtes Verhalten der Eltern, sondern die Realisierung eines (auf verschiedenen Wegen erreichbaren) Erziehungszieles⁶³.

Die Begriffe Standard und Direktive mögen zwar dogmatisch einiges hergeben und werden vielleicht gerade deshalb in der deutschen Lehre eifrig benutzt. Praktisch aber dürfte ihre Einführung in die Rechtssprache nur von geringem Nutzen sein, weshalb sie zu Recht noch kaum in die schweizerische Lehre Eingang gefunden haben.

3. Gründe des Gesetzgebers für die Schaffung von Generalklauseln

A. Generalklauseln als Retter der Vollständigkeit von Gesetzen

Es ist das Anliegen jedes Gesetzgebers, möglichst vollständige Kodifikationen, möglichst lückenlose Gesetze zu erlassen. Ebenso ist sich aber angesichts der Ueberfülle des Stoffes, der Unabsehbarkeit der Entwicklung aller massgebenden Faktoren und der Unendlichkeit der möglichen Anwendungsfälle - wenigstens heutzutage - auch jeder Gesetzgeber bewusst, dass die Schaffung lückenloser Gesetze eine Utopie ist und immer eine Utopie bleiben wird, dass auch die umfassendste Kodifikation nie vollständig sein kann in dem Sinne, dass ihr auf jede Frage ohne weiteres eine konkrete Antwort entnommen wer-

⁶³ Im schweizerischen Recht ist kein konkretes Erziehungsziel formuliert. Nur in totalitären Staaten, wo von einer grundsätzlichen Interessenidentität von Gesellschaft und Individuum ausgegangen wird, ist dies ohne weiteres möglich. Die Kindesinteressen sind dort in erster Linie mit dem staatlichen Erziehungsziel identisch (vgl. das Beispiel der DDR hinten 47). - Dem freiheitlichen Staat sind die Grenzen viel enger gesetzt, ein Erziehungsziel lässt sich allenfalls nur vage umschreiben (vgl. etwa § 1 des bundesdeutschen Jugendwohlfahrtsgesetzes).

den kann. Während man etwa bei der Schaffung des ALR noch vom Glauben beseelt war, dank Tausenden von Einzelregelungen dem Ideal der lückenlosen Kodifikation schon sehr nahe zu kommen, hat der Gesetzesredaktor des schweizerischen ZGB die Lage wesentlich nüchterner eingeschätzt, indem er in Art. 1 ausdrücklich auf die Möglichkeit von Gesetzeslücken hingewiesen und eine Regelung für deren Füllung vorgesehen hat.

Trotz der Unmöglichkeit einer lückenlosen Regelung wird aber jeder Gesetzgeber möglichst weitgehende Vollständigkeit anstreben. Als Retter dieser Idee bieten sich ihm die Generalklauseln an. Diese bedeuten aber Einbrüche ins Kodifikationssystem, weil der Gesetzgeber damit die Normgestaltung weitgehend dem Richter überlässt; sie stellen kein materielles Regelrecht, sondern nur starting points oder Aufhänger für die konkrete richterliche Normbildung dar⁶⁴.

B. Bedürfnis nach Flexibilität und Elastizität

Die zunehmende Kompliziertheit der Verhältnisse und das enorme Tempo der Entwicklung in allen Lebensbereichen erfordern immer mehr eine möglichst rasche Anpassung des Rechts an neue Gegebenheiten. Die erwünschte Elastizität und Flexibilität des Gesetzes lässt sich sehr praktisch und ausserdem elegant mit Hilfe von Generalklauseln herstellen, mit denen das Recht laufend an veränderte Verhaltensmassstäbe angepasst werden kann. Die Generalklauseln bieten sich somit - allerdings zum Teil auf Kosten der Rechtssicherheit⁶⁵ - als willkommene Garantien für ein flexibles und elastisches Recht an.

⁶⁴ Esser 63, 150. Esser bezeichnet die Generalklauseln als "Fenster im Ordnungsschema des Gesetzes". - Im übrigen spricht Esser (149) immer noch von der Monopolidee des allumfassenden Gesetzesrechts, zu deren Rettung das Gesetz gerne auf Gewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze, kaum aber auf Jurisprudenz und Doktrin als Rechtsquelle verweise. Dies mag für die deutsche Rechtsordnung vielleicht zutreffen, im schweizerischen Recht kommt aber der Lehre und Ueberlieferung eine besondere Bedeutung zu (vgl. Art. 1 Abs. 3 ZGB, Meier-Hayoz N 39 und 53 f. zu Art. 4 ZGB). Wohl deshalb bezweifelt Spiro (37), dass das Erreichen formeller Vollständigkeit des Gesetzes primärer Zweck der Generalklauseln sei.

⁶⁵ vgl. hinten 44

C. Berücksichtigung der Pluralität der Meinungen⁶⁶

Eng verwandt mit dem Bedürfnis nach flexiblen Rechtsnormen ist das Bedürfnis nach grösstmöglicher Individualgerechtigkeit, denn eine grössere Flexibilität des Rechts ermöglicht auch eine erhöhte individuelle Gerechtigkeit. Dem Meinungspluralismus kann sehr gut und einfach mit Generalklauseln Rechnung getragen werden. Sie nehmen dem Gesetzgeber die Aufgabe ab, in grundsätzlichen Fragen, in denen fundamentale Interessen einander gegenüberstehen, selbst eine allgemeingültige Lösung zu finden. Der Richter wird dann anhand einer gefestigten Gerichtspraxis im Einzelfall eine konkrete Antwort geben können. Allerdings muss er mit der Entwicklung eigener Normen Zurückhaltung üben und Teilproblemen eine möglichst elastische Lösung geben. Denn auch er darf nicht eine allgemeine Regel aufstellen in Fragen, die der Gesetzgeber für eine starre Lösung deutlich für ungeeignet hält⁶⁷.

Jayme weist darauf hin, dass die Konkretisierung einer Generalklausel oft von allgemeinen Verhaltensmustern und Rollenbildern bestimmt ist, welche sich gegenüber den individuellen Gegebenheiten durchsetzen, und dass somit Generalklauseln oft zu ungewollten Verfestigungen führen⁶⁸. Es ist - gerade bei der Formel des Kindeswohls - sehr gut denkbar, dass die Berücksichtigung der Individualgerechtigkeit durch allgemeine Ueberlegungen in den Hintergrund gedrängt wird. Dies ändert aber erstens nichts an der Flexibilität des Rechts, denn jede Umwandlung von Verhaltensmustern (Standards) schlägt sich nach einem gewissen Legitimierungsprozess⁶⁹ auch in der Rechtsprechung nieder. Und zweitens ist bei der individuellen Anwendung einer Generalklausel im Interesse der Rechtssicher-

⁶⁶ Vgl. zum Thema "Pluralismus und Generalklauseln" die Studie von Scheyhing. - Für Naucke (13 f.) ist die Meinungspluralität kein Grund zur Schaffung einer Generalklausel.

⁶⁷ Spiro 38. Nach Scheyhing (11) wird es der Richter bei der Anwendung von Generalklauseln, die die Aufgabe eines Interessenausgleichs erfüllen, schwer haben, weil sich in solchen Fällen oft keine sicheren Massstäbe finden lassen.

⁶⁸ Erik Jayme im Vorwort zum Aufsatz von Mnookin, FamRZ 22 (1975) 1

⁶⁹ vgl. dazu Scheyhing 10, 14

heit und der Rechtsgleichheit durchaus eine gewisse Zurückhaltung geboten. Zu leicht könnte sonst eine Generalklausel als Aufforderung zu reinen Billigkeitsentscheidungen verstanden werden. Trotz der von Jayme befürchteten Verfestigung kann aber eine Generalklausel in begründeten Fällen Wesentliches zur Verwirklichung der individuellen Gerechtigkeit beitragen.

D. Bequemlichkeit des Gesetzgebers⁷⁰

Gründe für die Schaffung von Generalklauseln können auch fehlender Mut, Unfähigkeit oder einfach Bequemlichkeit des Gesetzgebers sein, welcher sich nicht zu einer klaren Regelung durchringen kann oder will. In der Tat ist die Lösung des Offenlassens und der Delegation von Verantwortung eine bequeme Form der Gesetzgebung, welche unter Umständen aber einen nicht tragbaren Preis kosten kann. Die Bequemlichkeit des Gesetzgebers darf deshalb nicht Grund für die Schaffung einer Generalklausel sein.

Es gibt natürlich zahlreiche Situationen, in denen sich die Einsetzung einer Generalklausel dem Gesetzgeber als die beste Lösung anbietet. Dies ist namentlich dort der Fall, wo eine detaillierte Regelung als zu umständlich oder wegen ihrer Starrheit als unerwünscht erscheint. Ueberall dort, wo eine an verschiedene Situationen und veränderte Verhältnisse anpassungsfähige Regelung wünschenswert ist, wird eine Generalklausel den Anforderungen am ehesten gerecht werden. Sie bietet eher Hand zur Lösung akuter Einzelkonflikte. Durch eine Generalklausel wird aber auch das richterliche Urteil auf eine höhere Plattform gehoben⁷¹, weil der Gesetzgeber in seinem Vertrauen auf den Richter diesem die konkrete Normbildung überlässt.

⁷⁰ Bequemlichkeit wird dem (deutschen) Gesetzgeber insbesondere von Scheyhing (19) und - zwischen den Zeilen - auch von Naucke (3, 26) vorgeworfen.

⁷¹ vgl. Hedemann 64

4. Nachteile und Gefahren von Generalklauseln

A. Gefahr reiner Billigkeitsentscheidungen

Generalklauseln gewähren dem Richter bei der Bildung seines Werturteils einen gewissen Ermessensspielraum. Im Normalfall wird er das mit dem gesetzgeberischen Normbildungsauftrag in ihn gesetzte Vertrauen mit einer pflichtbewussten und korrekten Anwendung der Generalklauseln zu rechtfertigen wissen. Weil aber letztlich nie in allen Fällen solch loyales richterliches Verhalten erwartet werden kann, birgt jede Generalklausel in sich die Gefahr eines Missbrauchs: der sie anwendende Richter könnte sich nur noch von Billigkeitserwägungen leiten lassen. Ein solches Umdeuten einer Ermächtigungsnorm in eine Legitimation für reine Billigkeitsentscheidungen würde richterlicher Willkür Tür und Tor öffnen. Im Extremfall wäre dann eine Generalklausel geeignet, das gesamte Recht zu untergraben und aufzulösen⁷². Und wenn es auch bis zur Untergrabung des Rechts ein weiter Weg ist, ist danach der nächste Schritt, nämlich der Griff der Politik nach den Generalklauseln, um so kleiner⁷³. Wohin das führen kann, hat die Entwicklung im Dritten Reich mit erschreckender Deutlichkeit gezeigt⁷⁴.

Die Gefahr irrationalen Richterrechts ist in der Schweiz nicht akut. Denn ein relativ grosser Ermessensspielraum gehört seit jeher gleichsam zur Tradition des schweizerischen Rechts, ohne dass dieses in die Rechtsanwendung gesetzte Vertrauen jemals in gravierender Weise missbraucht worden wäre. Ausserdem sind richterlichen Auswüchsen durch die Bindung an einen gewissen gesetzlichen Rahmen, durch die Kontrolle innerhalb der Gerichtshierarchie, durch die demokratische Richterwahl, durch die grosse Bedeutung von Lehre und Ueberlieferung, durch richterlichen Begründungszwang, durch klare

⁷² vgl. Merz N 31 zu Art. 2 ZGB

⁷³ vgl. Hedemann 71 ff.

⁷⁴ Vgl. Naucke 9 f. Die Gesetzgebungstechnik des Hitler-Reichs eröffnete mit ihren zahlreichen verschwommenen Generalklauseln ungeahnte Auslegungsmöglichkeiten.

rechtsmethodische Regeln und nicht zuletzt durch die Diskussion in der Öffentlichkeit deutliche Grenzen gesetzt⁷⁵.

B. Beeinträchtigung der Rechtssicherheit

Eine Generalklausel soll unter anderem die Elastizität und Flexibilität des Rechts gewährleisten. Die beträchtliche Bandbreite der Argumentationsmöglichkeiten kann denn auch extrem voneinander abweichende Ergebnisse zeitigen⁷⁶. Dies widerstreitet jedoch den Forderungen nach Stabilität und Kalkulabilität des Rechts, also dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit⁷⁷.

Naucke beklagt sich über eine durch Generalklauseln unnötigerweise provozierte Unklarheit des Rechts, welche mit konkreteren, "handfesteren" Normen vermieden werden könnte⁷⁸. Dieser Auffassung ist allerdings entgegenzuhalten, dass bei der Formulierung einer Gesetzesbestimmung nie alle möglichen Sachverhalte berücksichtigt werden können und dass deshalb konkretere Normen für die nicht erfassten Fälle eine viel grössere Rechtsunsicherheit herbeiführen können. Der Gefahr der Rechtsunsicherheit ist vielmehr einerseits durch eine Zurückhaltung bei der Statuierung von Generalklauseln und andererseits durch eine möglichst konstante Gerichtspraxis bei ihrer Anwendung zu begegnen. Eine gefestigte, geradlinige Auslegungspraxis - die durchaus im Sinne der Flexibilität des Rechts Änderungen unterworfen sein kann - trägt wesentlich zur "Entmystifikation" der Generalklauseln bei.

C. Rechtsungleichheit

Das Entstehen einer gewissen Rechtsungleichheit ist das Pendant zum Ruf nach mehr Individualgerechtigkeit. Die isolierte Berücksichtigung eines Einzelfalles mag wohl in concreto als billig erscheinen, birgt jedoch die Gefahr des Subjektivismus

⁷⁵ vgl. Teubner 107

⁷⁶ Scheyhing 7, Naucke 12, Mnookin 3 (rechte Spalte)

⁷⁷ Meier-Hayoz N 34 zu Art. 4 ZGB

⁷⁸ Naucke 3, 26

seitens der rechtsanwendenden Staatsorgane in sich⁷⁹.

Um der drohenden Rechtsungleichheit nicht Vorschub zu leisten, ist deshalb bei der Berücksichtigung des einzelnen Falles äusserste Vorsicht und Zurückhaltung geboten.

D. Generalklauseln als Widerspruch zum Prinzip der Rechtsstaatlichkeit

Wie bereits festgestellt wurde (vorn 40), bedeuten Generalklauseln Einbrüche ins Kodifikationssystem, weil der Gesetzgeber die Normgestaltung in gewissem Rahmen dem Richter überlässt. Dieses Vorgehen widerspricht insbesondere auch dem Prinzip der Gewaltenteilung, weil damit der Judikative die Bildung normativer Rechtssätze übertragen wird. Und weil die Judikative bei Generalklauseln nicht an zum voraus von der Legislative aufgestellte generell-abstrakte Normen gebunden ist, stehen Generalklauseln ausserdem im Widerspruch zum Legalitätsprinzip⁸⁰.

Mit der Schaffung einer Generalklausel akzeptiert also der Gesetzgeber bewusst einen gewissen Widerspruch zum Prinzip der Rechtsstaatlichkeit.

E. Sind Generalklauseln undemokratisch?

Nach Meier-Hayoz steht die kasuistische Entscheidung im Gegensatz zum Prinzip der Volkssouveränität, sie sei nicht demokratisch⁸¹. Auch die Auslegung von Generalklauseln lässt in gewissem Rahmen kasuistischen Entscheidungen Raum. Sind also Generalklauseln schon aus demokratischen Ueberlegungen heraus abzulehnen?

Es wurde bereits betont, dass bei der Verwirklichung der Individualgerechtigkeit dort Zurückhaltung geboten ist, wo sie auf Kosten der Rechtsgleichheit erfolgt. Ausserdem ist der

⁷⁹ Meier-Hayoz N 35 zu Art. 4 ZGB, Mnookin 3

⁸⁰ Diese von Meier-Hayoz (N 35 zu Art. 4 ZGB) aufgezeigte Problematik der Billigkeitsentscheidung besteht sinngemäss auch bei den Generalklauseln, weil in beiden Fällen der Kasuistik entscheidende Bedeutung zukommt.

⁸¹ Meier-Hayoz N 36 zu Art. 4 ZGB

Richter auch bei der Anwendung von Generalklauseln an einen durch Gesetz und Auslegungsregeln umrissenen Rahmen gebunden, dessen Einhaltung durch die Gerichtshierarchie kontrolliert wird. Zudem ist die demokratische Legitimation des Richters durch die Volkswahl der Gerichte und durch den direkten Einfluss des Volkes in den Laiengerichten gegeben. Von einer undemokratischen Institution kann unter diesen Gesichtspunkten bei den Generalklauseln wohl kaum die Rede sein.

F. Ueberforderung des Richters

Der mit den Generalklauseln verknüpfte gesetzgeberische Normbildungsauftrag an den Richter stellt an diesen hohe Anforderungen. Jede Generalklausel bringt ja eine gewisse Sicherheit des Gesetzgebers zum Ausdruck, mit der dieser auf die Weisheit des Richters vertraut⁸². Durch diese in ihn gesteckten Erwartungen kann der Richter aber vielleicht überfordert werden. Scheitert also unter Umständen die Verwirklichung von Zweck und Vorteilen einer Generalklausel am Unvermögen des Richters zu notativer Tatbestandsbildung? Sind die mit einer Generalklausel verbundenen rechtsphilosophischen Erwartungen unrealistisch, blosse Utopie?

Man sollte bei solchen Ueberlegungen die Fähigkeiten der Richter nicht zu gering einschätzen. Es darf namentlich nicht übersehen werden, wie zuverlässig, vorsichtig und kompetent im grossen und ganzen die schweizerische Rechtsprechung bisher Generalklauseln gehandhabt hat und wie sorgfältig im allgemeinen die durch die Rechtsprechung erarbeiteten Richtlinien vom einzelnen Richter angewendet werden⁸³. Ausserdem kann einer allfälligen Ueberforderung eines einzelnen Richters in ausserrechtlichen Fragen durch den Beizug von Sachverständigen und bei juristischen Fragen mit der Kontrolle durch die Gerichtshierarchie wirksam begegnet werden.

⁸² vgl. Scheyhing 18/19, Gernhuber 232, Mnookin 2

⁸³ Als Beispiel sei hier nur auf die umfangreiche Judikatur zum Grundsatz von Treu und Glauben verwiesen.

5. Unterschiedliche Funktion von Generalklauseln in verschiedenen politischen Systemen

Die Funktion derselben Generalklausel kann je nach dem politischen System des jeweiligen Staates eine verschiedene sein. Wenn zum Beispiel im schweizerischen Recht für die Kinderzuweisung bei Scheidung das Kindeswohl massgebend sein soll⁸⁴, so bedeutet dies eine gesetzgeberische Anweisung an den Richter, im Einzelfall das individuelle körperliche und geistige Wohl des betreffenden Kindes als Entscheidungsgrundlage heranzuziehen. Weder Gesetz noch Staat sagen ihm dabei, was unter Kindeswohl in concreto zu verstehen ist. Der Richter wird, unter Berücksichtigung bisheriger Rechtsprechung sowie vor allem ausserrechtlicher Gesichtspunkte und Gutachten von Sachverständigen, sein eigenes Werturteil fällen.

Anders verhält es sich beispielsweise in der DDR, wo allerdings für die Entscheidung über das elterliche Erziehungsrecht im Scheidungsfall auch allein die Kindesinteressen massgebend sind⁸⁵. Denn in der DDR steht hinter der Generalklausel der Kindesinteressen der Anspruch des nach Uniformität strebenden Kollektivs: die Kindesinteressen sind mit dem sozialistischen Erziehungsziel identisch, welches vom Staat in § 42 des Familiengesetzbuches ausführlich festgelegt wurde⁸⁶. In der grundsätzlichen Interessenidentität von Gesellschaft und Individuum sieht der Staat seine Legitimation, dem Richter das Werturteil durch das Aufstellen konkreter Normen vorwegzunehmen. Die Generalklausel wird damit zu einer unechten Generalklausel, weil der Gesetzgeber den erteilten Normbildungsauftrag auch gleich wieder zurücknimmt.

6. Zusammenfassung

Die Zusammenfassung des Abschnittes über die Generalklauseln und deren Problematik soll zugleich ein Votum für die grund-

⁸⁴ vgl. dazu hinten 62 ff.

⁸⁵ § 25 des Familiengesetzbuches der DDR und Richtlinie Nr. 25 des Obersten Gerichts vom 25.9.1968 (geändert am 17.12.1975)

⁸⁶ Coester 218, vgl. auch Gernhuber 233

sätzliche Rechtfertigung von Generalklauseln in gesetzgeberischen Erlassen sein. Denn trotz aller Gefahren von Generalklauseln wäre eine generelle Opposition gegen sie - wie sie in dieser extremen Art für den Bereich des Strafrechts etwa von Naucke vertreten wird - völlig absurd. Die historische Entwicklung würde dabei schlicht übergangen, zudem käme eine generelle Ablehnung einer Verkennung der Leistungen und Vorteile der Generalklauseln gleich. Mit einer Aenderung der Rechts- und Gesetzgebungstechnik wäre das Problem vielleicht auf eine andere Ebene verlegt, jedenfalls nicht aufgehoben⁸⁷. Vielmehr gilt es, bei der Anwendung und Interpretation der Generalklauseln die nötige Vorsicht walten zu lassen, damit sich allfällige Gefahren nicht realisieren. Nur auf diese Weise können ihre klaren Vorteile (Flexibilität des Rechts, Berücksichtigung von Meinungs- und Interessenpluralität usw.) sinnvoll und ohne Gefahr für Recht und Rechtsstaat genutzt werden.

Im folgenden soll nun untersucht werden, ob und inwieweit sich die Generalklausel des Kindeswohls als brauchbar erweist.

II. Begriffskonkretisierung in Einzelfällen

1. Vorbemerkungen

Wie im vorangehenden Abschnitt festgestellt wurde, sind gesetzliche Generalklauseln stets gesetzgeberische Normbildungsaufträge an den Richter. Sie sind zwar materielles Recht, bedürfen aber zu ihrer Anwendung zunächst einer Konkretisierung. Oft gibt das Gesetz selbst Anhaltspunkte hiezu, im übrigen sind Doktrin und bisherige Gerichtspraxis sowie gegebenenfalls ausserrechtliche Disziplinen zur Konkretisierung heranzuziehen. Einige Generalklauseln lassen sich auf diese Weise in kurze, griffige Formeln fassen; bei andern ist es sinnvoller, auf eine (zu umständliche) allgemeine Umschrei-

⁸⁷ in diesem Sinne auch Scheyhing 13

bung zu verzichten und die Generalklausel in einzelnen Fallgruppen näher zu konkretisieren.

Eine exakte und dennoch allgemeingültige Definition des Kindeswohlbegriffs ist weder dem Gesetz noch der bisherigen Lehre oder Rechtsprechung zu entnehmen. Dies vermag vielleicht auch damit zusammenhängen, dass der Begriff in der schweizerischen Rechtssprache erst in neuester Zeit grosse Bedeutung erlangt hat. Eher aber dürfte sich die Formulierung einer brauchbaren Definition als zu schwierig, wenn nicht gar als unmöglich erwiesen haben, weil das Kindeswohl in mannigfaltigem Zusammenhang verwendet wird und niemals alle Anwendungsfälle auf einen gemeinsamen Nenner gebracht werden können⁸⁸.

Aufgrund dieser Ueberlegungen drängt sich beim Versuch der Präzisierung des Kindeswohlbegriffs eine induktive Methode auf: es sind zunächst die verschiedenen Bedeutungen des Begriffs in den hauptsächlichen Anwendungsfällen zu eruieren, wobei sich anschliessend die einzelnen Ergebnisse vielleicht in einer allgemeingültigen und dennoch brauchbaren Formel zusammenfassen lassen.

Bei der Untersuchung des Bedeutungsgehalts des Kindeswohlbegriffs drängt sich vorab die Unterteilung in zwei Gruppen auf: in die Fälle, in denen das Gesetz von den *Behörden* die Wahrung des Kindeswohls verlangt und in jene Fälle, bei denen die *Inhaber der elterlichen Gewalt* als Adressaten erscheinen und sich nach dem Kindeswohl zu richten haben. Obwohl gewisse Ueberschneidungen der beiden Gruppen bestehen⁸⁹, erscheint diese Einteilung als sinnvoll, weil im ersten Fall das Kindeswohl stets in bezug auf eine bestimmte Frage oder ein bestimmtes Ereignis (Scheidung, Adoption, Namensänderung usw.), im zweiten Fall jedoch in bezug auf die gesamte Pflege und Erziehung festzustellen ist. Mit andern Worten geht es in der ersten Gruppe um Teilaspekte des Kindeswohls (z.B. um das geistige oder um das finanzielle Wohl des Kindes), in der

⁸⁸ vgl. dazu hinten 114 ff.

⁸⁹ Ueberschneidungen treten insbesondere bei den Kindesschutzmassnahmen auf, vgl. hinten 112 ff.

zweiten aber primär um das Kindeswohl als Ganzes.

Die weitere Einteilung in Fallgruppen erfolgt weder systematisch noch abschliessend. Eine Trennung von privatem und öffentlichem Recht wäre zum Beispiel kaum sinnvoll, weil das Kindeswohl unabhängig von solcher Einteilung überall dort von Bedeutung ist, wo es im Recht um Kinder oder Kindesinteressen geht. Aus diesem Grunde können auch nicht alle Normen abschliessend aufgezählt werden, bei denen das Kindeswohl direkt oder indirekt eine Rolle spielt oder spielen kann. Es werden daher lediglich die wichtigsten Anwendungsgebiete der Generalklausel auf deren Bedeutung hin untersucht.

2. Die Behörden als Adressaten⁹⁰

In den folgenden Fallgruppen werden stets die Behörden vom Gesetz angewiesen, ihren Handlungen und Entscheidungen den Massstab des Kindeswohls zugrunde zu legen. Je nach der zu beurteilenden Frage werden die einzelnen Teilaspekte des Kindeswohls verschieden zu gewichten sein, so dass auch die Interpretation des Kindeswohlbegriffs von Fallgruppe zu Fallgruppe verschieden ausfallen wird.

A. Zuteilung der elterlichen Gewalt

a) Zuteilung der elterlichen Gewalt an den ausserehelichen Vater⁹¹

α) Gesetzliche Regelung

Sind die leiblichen Eltern eines Kindes nicht miteinander verheiratet, so steht die elterliche Gewalt ex lege der Mutter

⁹⁰ Unter Behörden sind in diesem Zusammenhang diejenigen staatlichen Gerichts- und Verwaltungsbehörden zu verstehen, an welche sich die jeweiligen Bestimmungen richten (Scheidungsrichter, Adoptionsbehörden, Vormundschaftsbehörden, Exekutivbehörden, Sozialversicherungsämter usw.).

⁹¹ Vgl. dazu im Detail Jorio 218-253. Anstelle vom "nicht mit der Mutter verheirateten Vater" ist hier und auch im folgenden der Einfachheit halber - entgegen dem gesetzlichen Sprachgebrauch - vom "ausserehelichen Vater" die Rede. So erfreulich die Ausmerzung dieses Begriffes aus dem Gesetz zwar ist, so würde seine Vermeidung in dieser Arbeit doch zu viel zu umständlichen Formulierungen führen. Der Begriff "ausserehelich" wird hier selbstverständlich wertneutral verwendet.

zu ^{92, 93}. Ist sie ihr aber aufgrund von Art. 311 f. ZGB oder Art. 53 StGB entzogen, ist die Mutter unmündig, entmündigt oder gestorben, so muss die Vormundschaftsbehörde entweder einen Vormund bestellen oder die elterliche Gewalt dem Vater übertragen. Einziges Kriterium für die Wahl der geeigneten Variante ist von Gesetzes wegen das Wohl des Kindes⁹⁴.

Die elterliche Gewalt des ausserehelichen Vaters ist erst durch die Annahme eines Minderheitsantrages im Nationalrat und nachfolgende Bestätigung im Ständerat auf dieselbe Ebene wie die Vormundschaft gestellt worden⁹⁵, nachdem der bundesrätliche Entwurf noch eine Bevorzugung der Vormundschaft vorgesehen hatte⁹⁶. Die Möglichkeit der Uebertragung der elterlichen Gewalt auf den ausserehelichen Vater entspricht dem Bestreben des Gesetzgebers, die rechtliche Stellung des Kindes nicht verheirateter Eltern so weit als möglich zu verbessern⁹⁷. Ein weiteres Anliegen des Gesetzgebers, möglichst vielen Kindern einen Vater zu geben⁹⁸, konnte in bezug auf die elterliche Gewalt des ausserehelichen Vaters nicht durch einen zu demjenigen der Mutter analogen ex-lege-Erwerb des Vaters verwirklicht werden. Denn nur ein verschwindend kleiner Teil der ausserehelichen Väter leben nach der Geburt mit der Mutter unverheiratet zusammen und würden damit die Voraussetzungen für eine gemeinsame Obhut erfüllen⁹⁹. Auch für diese seltenen

⁹² Art. 298 Abs. 1 ZGB

⁹³ Wird durch psychische oder soziale Mängel der Mutter (zu deren Häufigkeit vgl. die Nachweise bei Jorio 180 ff.) das Kindeswohl stark beeinträchtigt, so sind unter Umständen Kindesschutzmassnahmen nach Art. 307 ff. ZGB - im Extremfall also die Entziehung der elterlichen Gewalt - anzuordnen.

⁹⁴ Art. 298 Abs. 2 ZGB

⁹⁵ StenBull NR 1975, 1780 ff.; StenBull StR 1976, 91

⁹⁶ Art. 298 Abs. 2 des bundesrätlichen Entwurfes, BBl 1974 II 126

⁹⁷ Schon das alte Kindesrecht kannte die Möglichkeit der Zuteilung der elterlichen Gewalt an den ausserehelichen Vater, wenn ihm das Kind im Stande folgte (aArt. 325 Abs. 3 ZGB). Im Unterschied zur heutigen Regelung wurde die Mutter im alten Recht aber nicht durch einen ex-lege-Erwerb der elterlichen Gewalt bevorzugt (vgl. aArt. 324 Abs. 3 ZGB).

⁹⁸ Vgl. z.B. das Votum von Nationalrat Bonnard (StenBull NR 1975, 1782): "Alors que le projet veut donner un père au plus grand nombre possible d'enfants naturels..."

⁹⁹ Der Anteil dieser Väter dürfte weit unter 10 % liegen, längere Bekanntschaften mit der Mutter sind nach der Geburt äusserst selten. 6 Jahre nach der Zeugung sind schon 70 % der ausserehelichen Väter an-

Fälle sieht das Gesetz keine gemeinsame elterliche Gewalt bei der Partner vor, weil dies - abgesehen von praktischen Problemen¹⁰⁰ - einer Förderung oder zumindest einer rechtlichen Anerkennung des Konkubinats gleichkäme. Und damit wiederum würde das Kindeswohl beeinträchtigt, welches möglichst viel Familienhaftigkeit und Kontinuität verlangt, was in den unsicheren Wahlgemeinschaften regelmässig nicht gegeben ist^{101, 102}. Der Vater im Konkubinat kann die Mutter, sofern sie Inhaberin der elterlichen Gewalt ist, nur mit ihrer Einwilligung bei der Ausübung dieser Gewalt unterstützen und beraten. Verweigert die Mutter die Einwilligung, so ist dies schon ein deutliches Indiz für die Unbeständigkeit ihrer Lebensgemeinschaft mit dem Vater. Die klare und dauerhafte gesetzliche Regelung der elterlichen Gewalt wird dann dem Kindeswohl sehr zugute kommen; das Kind kann (wenigstens aus rechtlicher Sicht) nicht zum Streitgegenstand zwischen Vater und Mutter werden. Auch wäre es ein Irrtum zu glauben, durch die Ermöglichung der gemeinsamen elterlichen Gewalt oder auch nur der gemeinsamen Ausübung dieser Gewalt¹⁰³ könnte einer oft gewollt unverbindlichen Lebensgemeinschaft eine gewisse Dauerhaftigkeit verliehen werden.

Wird das Kindeswohl voraussichtlich in gleichem Masse durch die Bestellung eines Vormundes wie durch die Uebertragung der elterlichen Gewalt auf den Vater gewährleistet, so werden letztlich die Persönlichkeitsrechte des Vaters zu seinen Gun-

derweitig verheiratet, vgl. die Statistik bei Jorio 162 und 219 f. Heiratet der Vater die Mutter nach der Geburt, so erwirbt er automatisch die elterliche Gewalt, wenn die Vaterschaft durch Anerkennung oder Urteil festgestellt ist (Art. 259 Abs. 1 ZGB).

¹⁰⁰ vgl. Jorio 60 f.; StenBull NR 1975, 1782 f.

¹⁰¹ Dies gilt sowohl für Konkubinatsverhältnisse, bei denen eine Heirat möglich, aber nicht gewollt ist als auch für solche, bei denen eine Heirat von Gesetzes wegen (dazu hinten Anm. 219) nicht möglich ist. Denn beide Verbindungen sind ohne weiteres auflösbar und deshalb sehr unbeständig.

¹⁰² Der unsicheren Dauer und damit der Unverbindlichkeit der Konkubinatsverhältnisse wird auch in Jorios Vorschlag de lege ferenda (Jorio 168 ff.) zu wenig Rechnung getragen. Das Stabilitätsprinzip wird am besten in der vom Gesetzgeber getroffenen Lösung berücksichtigt. "Allein die Familie bietet die Möglichkeiten für eine befriedigende Sozialisation des Kindes" (so selbst Jorio 166).

¹⁰³ so der Vorschlag von Jorio 170

sten den Ausschlag geben¹⁰⁴.

Die Vormundschaftsbehörde *muss* dem ausserehelichen Vater die elterliche Gewalt übertragen, wenn die folgenden drei Erfordernisse kumulativ erfüllt sind:

- (1) Die Mutter hat aus irgendeinem Grunde keine elterliche Gewalt (mehr).
- (2) Das Kind wird auch in Zukunft voraussichtlich nicht mehr der mütterlichen Obhut anvertraut werden¹⁰⁵. Dies ist sicher der Fall, wenn die Mutter gestorben ist und meistens auch, wenn ihr die elterliche Gewalt nach Art. 311 f. ZGB entzogen wurde. Hat sie die Gewalt jedoch wegen Unmündigkeit oder Entmündigung verloren, so ist zu beachten, dass sie mit der Aufhebung der Entmündigung bzw. mit dem Eintritt der Mündigkeit die elterliche Gewalt von Gesetzes wegen wieder erhält. Dies würde aber durch die Gewaltszuteilung an den ausserehelichen Vater vereitelt, weil die Zuteilung stets definitiv erfolgt¹⁰⁶ und weil das Gesetz keine gemeinsame Gewalt unverheirateter Eltern erlaubt. Von der Zuteilung der elterlichen Gewalt an den Vater ist deshalb abzusehen, wenn die Kinder noch in der Obhut der entmündigten oder unmündigen Mutter leben oder aller Wahrscheinlichkeit nach (wieder) in ihre Obhut gelangen werden. Bis die Mutter wieder gewaltfähig wird, ist den Kindern ein Vormund zu bestellen.
- (3) Das Kindeswohl muss durch den ausserehelichen Vater mindestens so gut wie durch einen Vormund gewährleistet sein, vgl. hiezu im einzelnen hinten 55 ff. Ist das Kind bei Drittpersonen voraussichtlich besser aufgehoben als beim Vater, so verlangt das Kindeswohl das Belassen der Obhut bei den Pflegeeltern und die Errichtung einer Vormundschaft, wobei in erster Linie die Pflegeeltern als Vormund in Frage kommen (hinten 59 ff.).

¹⁰⁴ gl.M. Jorio 224

¹⁰⁵ vgl. Hegnauer, Kindesrecht 133/134; Jorio 248 ff.

¹⁰⁶ d.h. wenigstens bis zum Tode des Vaters oder bis zum Entzug seiner elterlichen Gewalt

ß) Allgemeine Voraussetzung für die Zuteilung der elterlichen Gewalt: Wahrung des Kindeswohls

Das Kindeswohl leitet die Vormundschaftsbehörde bei ihrem Entscheid über die Zuteilung der elterlichen Gewalt an den ausserehelichen Vater oder die Errichtung einer Vormundschaft. Das Interesse des Kindes geht in diesem Falle von Gesetzes wegen den Interessen des Vaters oder beteiligter Drittpersonen vor. Es bleibt somit zu untersuchen, was bei der Zuteilung der elterlichen Gewalt nach Art. 298 Abs. 2 ZGB unter Kindeswohl konkret zu verstehen ist und welche Kriterien für eine Zuteilung erfüllt sein müssen.

Die Wahrung des Kindeswohls besteht bei der Zuteilung der elterlichen Gewalt im wesentlichen in der Berücksichtigung des *Stabilitätsprinzips*. Dieses Prinzip besagt, dass eine normale Kinderentwicklung auf dauernden Gefühlsbindungen, dauernden Umwelteinflüssen und stabilen äusseren Verhältnissen beruht¹⁰⁷. "Das Kind wächst vorerst in Normen und Traditionen hinein und findet dadurch Geborgenheit, dass es durch diese äussere Ordnung hindurch zuversichtlich den Gehalt einer Heimat verspürt."¹⁰⁸ Das Bedürfnis nach Dauerzuständen besteht in abgeschwächter Form auch noch beim Erwachsenen und nimmt in höherem Alter in der Regel sogar wieder zu. Ganz ausgeprägt ist es im Säuglingsalter vorhanden; in der ersten Lebensphase führt der Mangel an Gelegenheit, tragfähige emotionale Bindungen an eine ständige Pflegeperson herzustellen, zu irreparablen Entwicklungsschäden oder sogar zum Tod¹⁰⁹. Bereits auf die kleinste Aenderung in der Pflege reagieren Kinder bis etwa zum 18. Lebensmonat mit Nahrungsverweigerung, Darmstörung, Schlafstörung und Schreien¹¹⁰. Jede Trennung von einer vertrauten Person wirkt in der Gefühlsentwicklung des Säuglings als Erschütterung und bedeutet sehr oft einen bleibenden Verlust an Gefühlswärme. Auch im Kleinkindalter wie in der späteren

¹⁰⁷ Goldstein, Jenseits 33; Kehl-Boehlen 37

¹⁰⁸ Schmid 116

¹⁰⁹ Schenk-Danzinger 66 ff. Die kritischste Periode ist die Zeit zwischen 6 und 18 Monaten, in der sich die Beziehung zur Mutter allmählich entwickelt und festigt; vgl. Anm. 147.

¹¹⁰ Goldstein, Jenseits 33

Kindheit und danach in der Pubertät wirken sich instabile Lebensverhältnisse negativ auf die weitere Entwicklung aus, indem sie oft zu Verwahrlosung, Dissozialität oder Kriminalität führen¹¹¹. Der Massstab des Kindeswohls verlangt deshalb in Art. 298 Abs. 2 ZGB in erster Linie eine Berücksichtigung des kindlichen Bedürfnisses nach Kontinuität. Bringt die Uebertragung der elterlichen Gewalt an den ausserehelichen Vater oder an den Vormund eine Veränderung des Pflegeplatzes mit sich, so darf sie nur dann erfolgen, wenn sie trotzdem noch die beste (d.h. die am wenigsten schädliche) Lösung darstellt¹¹². Weil das Wohl des Kindes bei der Zuteilung der elterlichen Gewalt vor allem die Beachtung des Stabilitätsprinzips erfordert, muss der neue Gewalthaber Gewähr bieten für eine kontinuierliche und dem Kind angepasste soziale, geistige und körperliche Entwicklung.

Vor der Zuteilung der elterlichen Gewalt an den ausserehelichen Vater ist deshalb eine gründliche Untersuchung der Verhältnisse (ähnlich wie die *enquête sociale* bei der Adoption) durchzuführen. Unter Umständen kann die Einräumung einer Probezeit die Prognose, ob durch die Zuteilung der Gewalt das Kindeswohl gewährleistet sein wird¹¹³, erleichtern.

γ) Konkrete Voraussetzungen für die Zuteilung der elterlichen Gewalt an den ausserehelichen Vater

Ist der aussereheliche *Vater nicht* mit einer andern Frau *verheiratet*, so wird er in der Regel das Kind nicht in Eigenpflege nehmen können, sondern es bei Pflegeeltern unterbringen

¹¹¹ Goldstein, Jenseits 34 f.

¹¹² Beispiel: Das Kind wurde nach Entzug der elterlichen Gewalt der Mutter in einem Kinderheim plziert, aus welchem es mangels Kontaktes zu einer Bezugsperson sehr wahrscheinlich Hospitalisierungsschäden davontragen wird. Die Zuteilung der elterlichen Gewalt an den ausserehelichen Vater ist dann zu bewilligen, wenn es bei der Aufnahme in die väterliche Obhut einigermaßen stabile Verhältnisse antreffen wird. Wird durch den Vater bzw. dessen Familie eine kontinuierliche Entwicklung des geistigen und körperlichen Wohls voraussichtlich nicht gewährleistet, so ist ein Vormund zu bestellen, welcher seinerseits zur Wahrung des Kindeswohls verpflichtet ist und entsprechende Massnahmen einleiten wird.

¹¹³ vgl. Jorio 238 ff.

müssen. Eine Uebertragung der elterlichen Gewalt auf ihn kommt aber nur dann in Frage, wenn er mindestens zum Teil Pflege und Erziehung selbst übernehmen kann. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn der Vater auch in der Hausgemeinschaft der Pflegeeltern lebt¹¹⁴ oder wenigstens die Fremdpflege wirksam überwachen kann und will¹¹⁵. Ausserdem ist zu fordern, dass der Pflegeplatz das Kindeswohl nicht gefährdet und dass der Vater zur Ausübung der elterlichen Gewalt fähig ist. Es ist ferner zu beachten, dass sich eine spätere Heirat des Vaters durch den erneuten Wechsel des Aufwuchsplatzes oder durch eine allfällige Ablehnung des Kindes durch die Ehefrau negativ auf das Kindeswohl auswirken könnte¹¹⁶. Steht eine Heirat des Vaters in Aussicht, so ist diese vorsichtshalber abzuwarten und der Entscheid erst nach eingehender Ueberprüfung der neuen Verhältnisse zu fällen. Die Zusprechung der elterlichen Gewalt an den unverheirateten Vater wird also nur in seltenen Fällen erfolgen. In der Regel ist der Errichtung einer Vormundschaft der Vorzug zu geben, wobei als Vormund in erster Linie die Pflegeeltern in Frage kommen.

Oft ist aber der aussereheliche Vater im Zeitpunkt des Entscheides der Vormundschaftsbehörde *mit einer andern Frau verheiratet*. Bei der Zeugung trifft dies in 20 % aller Fälle zu, vier Jahre danach sind über 1/3, sechs Jahre nach der Zeugung sogar rund 3/4 der zunächst ledigen Väter anderweitig verheiratet¹¹⁷. Diesen Statistiken aus der soziologischen und psychologischen Literatur sind zwar keine Angaben über die Häufigkeit verheirateter ausserehelicher Väter im Zeitpunkt der Entscheidung gemäss Art. 298 Abs. 2 ZGB zu entnehmen¹¹⁸. Immerhin ist aber daraus zu schliessen, dass in solchen Fällen der aussereheliche Vater relativ häufig mit einer andern Frau verheiratet ist. Bei dieser Sachlage erfolgt natürlich die Zuteilung der elterlichen Gewalt unter veränderten Gesichts-

¹¹⁴ Wenn die Pflegeeltern z.B. die Eltern des Vaters sind.

¹¹⁵ vgl. Jorio 252

¹¹⁶ Jorio 252

¹¹⁷ Jorio 220 mit zahlreichen Nachweisen in Anm. 164-168; Groth 156 und 166 ff.

¹¹⁸ a.M. offenbar Jorio 225

punkten. Generell lässt sich sagen, dass in solchen Fällen eine Zusprechung der Gewalt eher gerechtfertigt ist als beim unverheirateten Vater, weil die Möglichkeit der (voraussichtlich endgültigen) Aufnahme in die Familie des Vaters eher dem kindlichen Bedürfnis nach Dauerzuständen entspricht. Im einzelnen müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein¹¹⁹:

- (1) Der verheiratete *Vater* muss wie der unverheiratete fähig sein, die elterliche Gewalt im Interesse des Kindes oder wenigstens ohne Gefährdung des Kindeswohls¹²⁰ auszuüben. Dies erfordert eine innerliche Bereitschaft des Vaters, dauernde und positive Beziehungen zum Kind zu unterhalten und ihm ein gesichertes Aufwachsen zu garantieren. Regelmässige und häufige Kontakte mit dem Kinde sind nur dann ein Indiz für das ehrliche Interesse des Vaters am Kind, wenn sie nicht Vorwand für eine Kontaktsuche nach der Mutter sind. Eine einmal erfolgte Verweigerung der Vaterschaftsanerkennung ist in der Regel unvereinbar mit der Behauptung, der Vater liebe das Kind aufrichtig¹²¹; eine Zuteilung der elterlichen Gewalt an ihn widerspräche unter solchen Umständen dem Kindeswohl. Auch eine Verweigerung der Unterhaltszahlungen wird regelmässig ein Indiz für fehlende Vatergefühle sein, weil der Vater damit bewusst das Kindeswohl gefährdet¹²². Die Tatsache, dass der Vater die Mutter nicht heiraten will, obwohl er dies rechtlich könnte,

¹¹⁹ Vgl. im Detail die ausgezeichnete Darstellung bei Jorio (225 ff.).

¹²⁰ so schon ZVW 1966, 152 und Hegnauer N 204 zu aArt. 324-327 ZGB

¹²¹ A.M. Jorio 229. wobei die dort genannten Gründe nicht überzeugen. Ausserdem übersieht Jorio, dass nur der rechtliche Vater elterliche Gewalt erwerben kann. Besteht kein Kindesverhältnis zum (genetischen) Vater, so kommt eine Zuteilung der elterlichen Gewalt an ihn von vornherein nicht in Frage. Ebenso wird die Uebertragung regelmässig abzulehnen sein, wenn das Kindesverhältnis nur durch Urteil festgestellt wurde. Denn es ist kaum zu erwarten, dass sich ein Vater in Zukunft ernsthaft um sein Kind kümmern wird, dem das Kindesverhältnis zuerst durch den Richter aufgezwungen werden musste. Das Kindeswohl kann nur durch einen Vater hinreichend gewährleistet sein, der zum Kind steht und es auch freiwillig anerkannt hat.

¹²² Gewisse Ausnahmesituationen sind hier denkbar. So z.B., wenn der Vater durch die Zahlungen selbst in grösste Not geriete und im übrigen wenigstens um das Kindeswohl besorgt ist. Nicht überzeugend sind jedoch die beiden bei Jorio 230 genannten Gründe.

steht der Uebertragung der elterlichen Gewalt auf ihn dann nicht im Wege, wenn dadurch das Kindeswohl nicht beeinträchtigt wird. Ausgeschlossen ist sie allerdings, wenn der Vater mit Mutter und Kind in Hausgemeinschaft lebt; denn solange das Kind noch in der Obhut seiner Mutter aufwächst, bestehen reelle Chancen, dass diese die elterliche Gewalt noch bzw. wieder erwerben wird. Diese Möglichkeit würde aber durch die Zuteilung an den Vater vereitelt¹²³.

- (2) Die *Familie* des Vaters muss die körperliche und geistige Erhaltung des Kindes garantieren und die Voraussetzungen für eine angemessene biologische und emotionale Entwicklung erfüllen können. Sie muss die Prognose einer dauernden Familienhaftigkeit und hinreichender Sozialisation des Kindes erlauben. Zwischen den Familienmitgliedern müssen positive Beziehungen bestehen, was aber gerade in solchen Fällen häufig nicht gegeben ist¹²⁴. Die Zustimmung der Ehefrau des ausserehelichen Vaters ist grundsätzlich notwendige Voraussetzung für die Zuteilung der elterlichen Gewalt an ihren Gatten¹²⁵. Sie allein genügt jedoch nicht; von der Ehefrau muss ausserdem die Bereitschaft erwartet werden, das Kind vorbehaltlos zu akzeptieren und Mutterrolle und Verantwortung zu übernehmen. Auch die gemeinsamen Kinder müssen das aussereheliche akzeptieren, urteilsfähige Kinder sind deshalb vor der Zuteilung der Gewalt an den Vater anzuhören.

Zusammenfassend ist von der Familie zu erwarten, dass sie die Voraussetzungen zur Wahrung des Wohls des ausserehelichen Kindes bietet und sich auch für die Zukunft eine entsprechend günstige Prognose stellen lässt. Es

¹²³ Eine gemeinsame Ausübung der elterlichen Gewalt im Konkubinat kommt von Gesetzes wegen nicht in Frage und wäre auch aus der Sicht des Kindes grundsätzlich nicht erwünscht, weil damit sein Schicksal im wesentlichen vom Bestehen der lockeren Verbindung seiner Eltern abhinge. Solch unsichere Situationen widersprächen der Forderung nach Stabilität und damit dem Kindeswohl.

¹²⁴ Jorio 220

¹²⁵ Vgl. dazu die ausführlichen Ueberlegungen bei Jorio 231 ff.

ist kein Idealbild der Familie zu fordern; die zentrale Voraussetzung der Wahrung des Kindeswohls gebietet lediglich, dass sie durch die Familie mindestens so weit garantiert ist, dass voraussichtlich keine Kindesschutzmassnahmen (Erziehungsaufsicht, Weisungen, Beistandsbestellung, Aufhebung der Obhut, Entziehung der elterlichen Gewalt usw.) zu treffen sind¹²⁶.

- (3) Es dürfen keine stärkeren Bindungen des Kindes mit *Drittpersonen* (vor allem Pflegeeltern) bestehen. Ein Wechsel des Aufwuchsplatzes entspricht ohnehin nie dem kindlichen Bedürfnis nach Dauerzuständen und wäre nur im Falle der Gefährdung des Kindeswohls am alten Ort oder einer erheblichen Verbesserung der Aufwuchssituation durch die Umplazierung gerechtfertigt. In allen andern Fällen stünde ein Wechsel im Widerspruch mit dem Kindeswohl¹²⁷.

δ) Konkurrenz des Anspruchs des ausserehelichen Vaters auf Zuteilung der elterlichen Gewalt mit den Interessen von Drittpersonen

Der Umstand, dass die Mutter noch nicht oder infolge Entmündigung oder Entzugs¹²⁸ nicht mehr Trägerin der elterlichen Gewalt ist, besagt noch nichts über das tatsächliche Obhutsverhältnis.

Das aussereheliche Kind kann zum Beispiel weiterhin in der Obhut der Mutter verbleiben. In diesem Falle ist eine Uebertragung der elterlichen Gewalt auf den Vater nicht gerechtfertigt¹²⁹, weil damit ein späterer Erwerb durch die Mutter

¹²⁶ Solche Massnahmen müssen nur bei *erheblicher* Gefährdung des Kindeswohls angeordnet werden (Art. 307 ff. ZGB, Henkel 34 ff.).

¹²⁷ Vgl. hiezu ausführlicher unten δ.

¹²⁸ Mit dem Tod der Mutter fällt natürlich auch ihre Obhut dahin. Durch den Entzug der elterlichen Gewalt wird die Obhut der Mutter zwar grundsätzlich beendet, der Vormund kann sie ihr aber weiterhin überlassen (vgl. Kehl-Boehlen 107).

¹²⁹ Sofern das Kindeswohl nicht gefährdet ist, vgl. vorn 53. - Ist die Mutter verheiratet und hat sich zwischen dem Stiefvater und dem Kind bereits ein gutes Verhältnis entwickelt, so ist auch eine Vormundschaft des Stiefvaters in Erwägung zu ziehen. Eine Stiefkindadoption wird in der Regel nicht in Frage kommen, solange der aussereheliche Vater hiezu nicht einwilligt und kein Grund für ein Absehen von der Zustimmung gegeben ist.

vereitelt und ausserdem oft ein dem Kindeswohl zuwiderlaufender Wechsel des Aufwuchsplatzes herbeigeführt würde. Es ist vielmehr ein Vormund zu bestellen und abzuwarten, bis die Mutter wieder gewaltfähig wird.

Ferner kann das Kind bei Gewaltunfähigkeit der Mutter in die Obhut seines Vaters gelangen. Sofern dieser und seine allfällige Familie das Kindeswohl genügend gewährleisten können, erfolgt die Zuteilung der elterlichen Gewalt an den Vater.

Häufig wird aber das Kind in einer vorerst fremden Pflegefamilie untergebracht. Die Pflegeeltern sorgen dann anstelle der biologischen Eltern für Pflege und Erziehung des Kindes, welches als Erwidierung auf die Erfüllung seiner Bedürfnisse bald Gefühlsbeziehungen zu ihnen aufbauen und oft schon nach einiger Zeit mit ihnen verwurzelt sein wird. Die Pflegeeltern sorgen für das Wohl des Kindes und werden dadurch zu seinen "psychologischen" Eltern¹³⁰. Die biologischen Eltern treten in den Hintergrund, das Kind wird sich von ihnen oft weitgehend entfremden. Die Zuteilung der elterlichen Gewalt an den ausserelichen Vater ist in solchen Fällen grundsätzlich abzulehnen, weil sie eine Entfernung des Kindes aus seiner vertrauten Umgebung zur Folge haben könnte und immer dann den Kindesinteressen widerspräche, wenn die psychologischen Eltern selbst die Wahrung des Kindeswohls zu gewährleisten vermögen¹³¹. Das Gesetz bevorzugt also mit dem Massstab des Kindeswohls die psychologischen Eltern, es anerkennt hier neben der rechtlichen auch die tatsächliche Elternschaft. Die Pflegeeltern erwerben allerdings kraft ihrer Eigenschaft als psychologische Eltern keine elterliche Gewalt, sie haben nur ein Vertretungsrecht in der Ausübung dieser Gewalt (Art. 300 ZGB). Weil die Mutter keine elterliche Gewalt hat und diese auch

¹³⁰ Psychologische Eltern werden hier diejenigen Eltern genannt, zu denen das Kind die engsten geistig-sozialen Beziehungen unterhält; Jorio (91 ff.) spricht deshalb von "geistig-sozialen Eltern". Im Normalfall sind die psychologischen Eltern (zum Begriff vgl. Goldstein, *Jenseits* 23 f.; Lempp 128; Gernhuber 236) mit den biologischen identisch. Keine Identität besteht jedoch bei Adoption, bei unangefochtener Vaterschaftsvermutung des Nicht-Vaters sowie ganz allgemein bei Ersatzeltern.

¹³¹ Vgl. zu den einzelnen Fallgruppen Jorio 242 ff.

dem Vater nicht zu übertragen ist, muss dem Kind ein Vormund bestellt werden. In erster Linie werden für dieses Amt die Pflegeeltern in Frage kommen. Die Vormundschaft fällt aber automatisch dahin, wenn die Mutter wieder gewaltfähig wird¹³². Allerdings kann die Vormundschaftsbehörde der Mutter die Rücknahme des Kindes untersagen, wenn es längere Zeit bei den Pflegeeltern gelebt hat und die Rücknahme seine Entwicklung ernstlich zu gefährden droht (Art. 310 Abs. 3 ZGB)¹³³. Das Gesetz stellt mit dieser Bestimmung wiederum das Kindeswohl als entscheidendes Kriterium in den Mittelpunkt und bevorteilt dabei die psychologischen Eltern auf Kosten der genetischen. Im neuen Kindesrecht tritt damit wie in der Adoptionsrechtsnovelle die Absicht des Gesetzgebers zu Tage, mit einer Aufwertung der psychologischen Elternschaft das Kindeswohl deutlich in den Vordergrund zu stellen¹³⁴.

b) Zuteilung der elterlichen Gewalt bei Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes, bei Trennung und bei Scheidung

α) Gesetzliche Regelung

Bei Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes der Eltern und bei Trennung der Ehe *kann* der Richter, bei Auflösung der Ehe durch Scheidung *muss* er die elterliche Gewalt einem Ehegatten allein zuteilen (Art. 297 Abs. 2 und 3 ZGB). Im Falle der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes - darunter fallen Eheschutzmassnahmen nach Art. 170 Abs. 1 ZGB wie auch vorsorgliche Massnahmen gemäss Art. 170 Abs. 2 und 145 ZGB - wird die Zuteilung der Gewalt an einen Elternteil allein nur ausnahmsweise erfolgen, während dies bei einer Trennung der Ehe die Regel sein wird. Unter welchen Umständen sie im einzelnen erfolgen soll bzw. zu unterlassen ist, interessiert in diesem Zusammenhang nicht; es sei für diese Fragen auf die ausführliche Darstellung bei Jorio (261-279) verwiesen. Von Interesse ist im Rahmen dieser Arbeit lediglich, nach welchen Krite-

¹³² Jorio 72 ff.

¹³³ dazu Goldstein, Before 39 ff.

¹³⁴ vgl. auch Jorio 91 Anm. 15

rien gegebenenfalls dem jeweiligen Ehegatten die alleinige Gewalt zuzuteilen ist.

Das Gesetz gibt auf diese Frage keine direkte Antwort, sondern überlässt die Gestaltung der Elternrechte und -pflichten dem richterlichen Ermessen (Art. 156 Abs. 1 ZGB¹³⁵). Es verlangt nur die Anhörung der Eltern und nötigenfalls der Vormundschaftsbehörde und schreibt vor, dass die Gewalt demjenigen Elternteil zusteht, dem die Kinder anvertraut werden¹³⁶. Weitere Richtlinien für die Kinderzuteilung bei Scheidung und Trennung (und nun auch bei Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes) erwähnt das ZGB nicht. Dennoch betrachtete schon der Gesetzgeber von 1907 das Kindeswohl als entscheidenden Ermessensfaktor bei der Zuweisung der Gewalt an einen Elternteil¹³⁷. Jahrelange Lehre und Rechtsprechung haben diesen Grundsatz übernommen und teilweise durch gewisse Richtlinien konkretisiert¹³⁸. Es ist aufgrund der Gesamtheit aller Umstände zu untersuchen, bei welchem Elternteil das Recht des Kindes auf Fürsorge und Erziehung für die Zukunft besser gewährleistet ist. Massgebender Gesichtspunkt ist allein das Wohl des Kindes; alle weiteren Kriterien wie Interessen der Eltern, Schuld an der Scheidung, moralische Werturteile, soziale Stellung beider Elternteile usw. dürfen nicht selbständig betrachtet werden; sie können nur dann eine Rolle spielen, wenn sie das

¹³⁵ Obwohl Art. 156 ZGB im Abschnitt über die Ehescheidung steht, ist er nun sinngemäss auch bei einer allfälligen Zuteilung der elterlichen Gewalt nach Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes anwendbar. Nach dem alten Kindesrecht konnte der Eheschutzrichter nicht die elterliche Gewalt einem Elternteil aberkennen (Hegnauer N 165 zu aArt. 283 ZGB mit weiteren Hinweisen); der neue Art. 297 Abs. 2 ZGB sieht nun für diesen Fall wie für den Fall der Trennung die fakultative Uebertragung der Gewalt auf einen Elternteil vor, obwohl damit im Eheschutz wie im Massnahmeverfahren Zurückhaltung zu üben ist. Wenn aber eine Zuteilung der elterlichen Gewalt erfolgt, dann sind analog dieselben Grundsätze wie bei Trennung und Scheidung massgebend, vgl. Bühler/Spühler N 206 zu Art. 145 ZGB.

¹³⁶ Art. 297 Abs. 3 ZGB (BGE 94 II 3). Diese Regel gilt nicht nur für die Scheidung, sondern auch bei Trennung und Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes, sofern die Gewalt in jenen Fällen einem Elternteil allein zugeteilt werden soll (Hinderling, Supplement 52; Jorio 263).

¹³⁷ ProtExpK I 172, 191-193; StenBull 1905, 1079

¹³⁸ Belza 4; Gygax 12, 16; Hinderling 153; Hegnauer, Eherecht 85; Bühler/Spühler N 65 zu Art. 156 ZGB; BGE 38 II 37, 96 I 391

Kindeswohl beeinflussen.

Vereinbarungen der Eltern über die Kinderzuteilung sind sowohl im Scheidungs- und Trennungsprozess als auch bei Aufhebung des gemeinsamen Haushalts grundsätzlich zulässig. Obwohl solche Konventionen an sich wünschbar sind, weil sie am ehesten eine Grundlage für eine solide Lösung darstellen, befreien sie den Richter im *Scheidungsverfahren* nicht von eigener Prüfung und Entscheidung. Die Anwendung von Art. 156 ZGB untersteht in jeder Instanz der unbeschränkten Officialmaxime, eine Vereinbarung der Eltern stellt nur einen gemeinsamen Antrag der Prozessparteien dar^{139, 140}. Jede Konvention über die Zuteilung der Kinder bedarf daher der richterlichen Genehmigung (Art. 158 Ziff. 5 ZGB), welche ihr dann zu versagen ist, wenn sie das Wohl der Kinder nicht hinreichend berücksichtigt. Dem Richter fällt also insbesondere die Aufgabe zu, das Kindeswohl vor allfälligen eigennützigen Elterninteressen zu schützen. Die Officialmaxime des Art. 158 ZGB gilt auch im *Trennungsverfahren*. Im Unterschied zur Scheidung ist hier aber zu beachten, dass der Richter die elterliche Gewalt nicht einem Elternteil allein zuweisen muss (Art. 297 Abs. 2 ZGB), selbst wenn sich die Eltern bereits entsprechend geeinigt haben. In der Regel erfolgt zwar auch bei einer Trennung die Gewaltzuweisung an einen Elternteil allein; eine allfällige Konvention der Eltern darf dann vom Richter nur genehmigt werden, wenn sie den Kindesinteressen entspricht. Art. 158 Ziff. 5 ZGB ist auch bei der *Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes* analog anzuwenden. Der Eheschutz- bzw. Massnahmenrichter wird allerdings mit der Zuteilung der elterlichen Gewalt an einen Ehegatten zurückhaltend sein und nur in Ausnahmefällen - und

¹³⁹ Art. 158 ZGB; vgl. Hinderling 185, Bühler/Spühler N 33 ff. zu Art. 156 ZGB. Jülkenbeck (423) erwähnt, dass sich ca. 90 % der Eltern vor dem Scheidungsprozess über die Zuteilung der Kinder einigen und deshalb die Eltern die eigentlichen Akteure bei der Kinderzuteilung seien. Er unterschätzt dabei aber die Bedeutung des Richters, welcher wegen der Officialmaxime eine vereinbarte Kinderzuteilung nur genehmigen darf, wenn sie unter Würdigung aller Umstände dem Kindeswohl entspricht (vgl. z.B. BGE 93 II 158/159, 94 II 2).

¹⁴⁰ Immerhin ist die mit einer Vereinbarung ausgedrückte Uebereinstimmung der Eltern bei der Konkretisierung des Kindeswohls entsprechend zu würdigen.

auch dann nur bei Wahrung des Kindeswohls - eine entsprechende Parteivereinbarung genehmigen.

β) Inhalt des Kindeswohls bei der Kinderzuteilung

Einzige und zentrale Voraussetzung für die Zuteilung der elterlichen Gewalt bei Scheidung, Trennung und Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes ist also das Kindeswohl. Falls bei beiden Elternteilen eine Gefährdung des Kindeswohls im Sinne von Art. 311 f. ZGB zu erwarten ist, muss die elterliche Gewalt beiden entzogen und eine Vormundschaft errichtet werden. Im folgenden soll nun untersucht werden, was der Kindeswohlbegriff im Zusammenhang mit der Zuweisung der Kinder konkret beinhaltet.

Bei der Zuteilung der elterlichen Gewalt an einen Ehegatten allein wird die Gewalt dem andern Elternteil entzogen. Das Kind wird von ihm getrennt, er erhält lediglich einen grundsätzlichen Anspruch auf persönlichen Verkehr mit ihm. Sofern auch nur eine gewisse Beziehung zwischen dem Kind und diesem Elternteil bestanden hat, wird sich die Trennung regelmässig negativ auf das Kind auswirken¹⁴¹. Dennoch hat sich der Richter für einen Elternteil zu entscheiden, sofern nicht Vater *und* Mutter zur Erziehung völlig unfähig sind und ein Vormund zu bestellen ist. Er wird dabei nach dem Kindeswohl urteilen, d.h. er wird die "weniger schädliche Alternative zum Schutze von Wachstum und Entwicklung des Kindes" wählen¹⁴². Es ist sehr schwierig, allgemeine Richtlinien aufzustellen, wem unter welchen Umständen die elterliche Gewalt zuzuteilen ist. Es können hier nur einige grobe Anhaltspunkte erarbeitet wer-

¹⁴¹ Die oft zitierte Situation, in der eine Trennung von einem Elternteil für das Kind nur von Vorteil sein kann, dürfte eher selten gegeben sein. Wenn zum Beispiel der Vater ein Trinker ist, wird zwar die Trennung des Kindes von ihm in gewisser Hinsicht (schlechtes Vorbild verschwindet) vorteilhaft sein, der Verlust der Vaterfigur kann sich aber unter Umständen viel nachteiliger auf das Kind auswirken als die Gegenwart eines Trinkers.

¹⁴² Nach Goldstein (Jenseits 49) ist diese Umschreibung ehrlicher als die Formel des Kindeswohls, weil das betreffende Kind bereits ein Opfer seiner sozialen Umweltbedingungen geworden und als solches in hohem Masse gefährdet ist.

den, an welche sich der Richter in der Regel halten wird, von denen er aber aus triftigen Gründen im Einzelfall auch abweichen kann. Starre Grundsätze sind ungeeignet, wenn es gilt, das Kindeswohl im Einzelfall zu wahren und zu verwirklichen. Die Anweisung zur kasuistischen Ermessensbetätigung in Art. 156 ZGB sowie die von Lehre und Rechtsprechung herangezogene Generalklausel des Kindeswohls erlauben eine in gewissem Rahmen elastische, unschematische Rechtsprechung. Dennoch sollen im folgenden einzelne Richtlinien für die Zuteilung der elterlichen Gewalt aufgestellt werden, die sich aus der Forderung nach möglicher Wahrung des Kindeswohls herleiten lassen. Entscheidend sind dabei die Persönlichkeit der Eltern in ihrer Eignung zu Pflege und Erziehung, die Bedingungen der Mit- und Umwelt und vor allem auch die Bedeutung und Kontinuität der Beziehungen des Kindes zur Mutter und zum Vater. Die Intensität dieser Bindungen wiederum ist in der Regel primär abhängig vom Alter und Entwicklungsstand des Kindes, so dass sich bei der Suche nach Zuteilungskriterien eine Einteilung in verschiedene Altersstufen aufdrängt.

Der *neugeborene Säugling* ist ein Instinkt- und Triebwesen, dessen Lebensäusserungen vom Nahrungstrieb beherrscht werden. Er verbringt den Tag mit ca. 20 Stunden Schlaf und im übrigen mit Schreien und Trinken. An Gefühlen kennt das Kleinkind im ersten Monat praktisch nur die Elementargefühle von Lust und Unlust. Lust empfindet es bei der Nahrungsaufnahme, Unlustgefühle werden durch Hunger hervorgerufen¹⁴³. Eine gewisse Zuwendungsneigung des Kindes ist erst vom zweiten oder dritten Monat an erkennbar. Es entwickeln sich allmählich Gefühle der Zuneigung und Liebe zu derjenigen Person, die ununterbrochen anwesend ist und seine Bedürfnisse stillt. Im vierten und fünften Monat prägt sich das Kind das Bild seiner mütterlichen Bezugsperson ein und lehnt fremde Gesichter zumeist ab. Bis zum Ende des ersten Lebenshalbjahres entsteht so regelmässig eine Mutter-Kind-Beziehung, die ihre Existenz nicht mehr nur der Nahrungszufuhr zu verdanken hat. Auf eine Tren-

¹⁴³ Wanner 2

nung von der Mutter reagiert das Kind bis zu diesem Alter mit Unlust. Die Mutterentbehrung führt aber in den ersten sechs Monaten nach herrschender Auffassung noch zu keinen irreparablen Schädigungen, sofern das Kind einen vollwertigen Mutterersatz erhält¹⁴⁴. Vorübergehende Störungen werden zwar regelmässig auftreten (Nahrungsverweigerung, Darmstörungen, Schlafstörungen usw.), sie können aber wieder behoben werden; langfristige Beeinträchtigungen sind keine zu erwarten. Kinder unter sechs Monaten können also ohne bleibende Schädigung der elterlichen Gewalt der Mutter und erst recht derjenigen des Vaters¹⁴⁵ entzogen werden, wenn sie einen verständnisvollen Mutterersatz erhalten. Die Mutter ist also nicht generell zu bevorzugen. Es ist vielmehr abzuklären, welcher von beiden Elternteilen das Kindeswohl zukünftig wohl besser zu gewährleisten vermag¹⁴⁶.

Erst nach dem ersten Lebenshalbjahr kommt die Liebesbindung an die Mutter zur Entfaltung. Die für das ganze spätere Leben elementar wichtige Mutter-Kind-Beziehung entwickelt sich in der Zeit *zwischen dem 6. und 18. Monat*, die Mutterentbehrung während oder unmittelbar nach dieser kritischen Phase hat für das Kind unheilbare seelische Schäden zur Folge¹⁴⁷. Es reagiert auf die Trennung von der Mutter mit der Verhaltenssequenz Protest - Verzweiflung - Ablösung¹⁴⁸. Konkret äussern sich die Sorgen und Ängste des Kindes zunächst etwa in vermehrtem

¹⁴⁴ Bowlby, Mutterliebe 49 mit weiteren Hinweisen, auch zu gegenteiligen Ansichten; Eichenberger 84; Jorio 282; a.M. Goldstein, Jenseits 33 f.

¹⁴⁵ Vom Standpunkt des Kindes aus spielt der Vater in der Säuglingszeit nur die zweite Geige, vgl. Bowlby, Mutterliebe 13.

¹⁴⁶ Dass dies sehr oft die Mutter sein wird, liegt - abgesehen von praktischen Ueberlegungen (die Mutter stillt z.B. noch) - daran, dass sie in der Regel die innigere Beziehung zum Säugling hat. Eine Zuteilung der elterlichen Gewalt an den Vater wird nur in Frage kommen, wenn er selbst oder eine mit ihm in Hausgemeinschaft lebende Person die Bedürfnisse des Kindes zu erfüllen vermag und dies eine dauerhafte Lösung darstellen wird, welche einem Verbleib bei der Mutter vorzuziehen ist.

¹⁴⁷ Wanner 4; Schenk-Danzinger 69; Goldstein, Jenseits 34; Bowlby, Mutterliebe 16; vgl. auch die Literaturhinweise bei Eichenberger 84 f. und Jorio 283. Ueber die genaue kritische Periode bestehen in der Psychologie noch Kontroversen, weshalb mit dem 6. bis 18. Monat vor-sichtshalber eine grosse Zeitspanne gewählt wurde.

¹⁴⁸ Bowlby, Trennung 39

Schreien, in Ablehnung von Nahrung und Zärtlichkeit, in Darm- und Schlafstörungen, in Bettnässen, Lutschen und Masturbieren, in Depressionen und Angstzuständen, in Wut- und Verzweiflungsausbrüchen. Langfristig entstehen irreparable seelische Schäden, welche sich zunächst in der Oberflächlichkeit menschlicher Beziehungen, Gefühlsarmut, Teilnahmslosigkeit und Konzentrationsschwäche offenbaren und später direkte Ursache von Aggressivität, Verwahrlosung, Dissozialität oder Kriminalität sein können¹⁴⁹. Bowlby bezeichnet vor allem die Schwierigkeit für frustrierte Kinder, später gute Eltern zu werden, als die wohl schwerwiegendste Folge früher Mutterentbehrung¹⁵⁰. Durch eine Ersatzmutter können die in diesem Alter durch Mutterentbehrung zugefügten Schäden zwar meist gemildert, aber kaum je völlig gutgemacht werden. Die Gefahren einer Trennung von der Mutter sind in diesem Alter also alarmierend. Da die Empfindlichkeit des Kindes für die Mutterentbehrung erst nach dem 3. Altersjahr langsam abnimmt¹⁵¹, ist eine Trennung des Kindes von der Mutter zwischen 6 Monaten und 3 Jahren in den meisten Fällen unverantwortbar und deshalb grundsätzlich abzulehnen. Die Vater-Kind-Beziehung ist in dieser Lebensphase in der Regel zweitrangig. Der Vater hat in der Säuglingszeit für das Kind meist nur indirekt Bedeutung, indem er der Mutter durch seine materielle Sorge erlaubt, sich unbeschränkt um das Kind zu kümmern und indem er durch seine Liebe und Zuneigung zur Mutter diese gefühlsmässig stärkt und damit die Basis für eine gedeihliche Mutter-Kind-Beziehung schafft¹⁵². Der Vater spielt für das Kind in diesem Alter also meistens bloss eine untergeordnete Rolle. Die Zuteilung des Kindes an ihn und die damit verbundene Aberkennung der elterlichen Gewalt der Mutter kommen nur in Frage, wenn das Kind ohnehin von der Mutter getrennt werden müsste - wenn also die Voraussetzungen für die Anordnung von Kindesschutzmassnahmen gemäss Art. 310 ff.

¹⁴⁹ Goldstein, *Jenseits* 34 f.; Schenk-Danzinger 69 f.; Bowlby, *Mutterliebe* 24 ff., 31 ff.

¹⁵⁰ Bowlby, *Mutterliebe* 30 ff.

¹⁵¹ Wanner 4; Bowlby, *Mutterliebe* 29; Eichenberger 85

¹⁵² Bowlby, *Mutterliebe* 13. Mindestens die Funktion der geistigen Stärkung der Mutter wird in den Fällen der Scheidung oder Trennung ohnehin nicht erfüllt werden.

ZGB gegeben sind¹⁵³ - oder wenn durch Abweichung von der herkömmlichen Rollenverteilung der Vater zur ersten Bezugsperson des Kindes geworden ist¹⁵⁴. Obwohl die gesetzliche Regelung der Zuteilung der elterlichen Gewalt bewusst flexibel gestaltet ist, reduziert also der Leitgedanke des Kindeswohls den richterlichen Ermessensspielraum bei Kindern im Alter zwischen einem halben und drei Jahren auf ein Minimum. Verfehlt ist allerdings der Hinweis des Bundesgerichts in seinem Urteil vom 7. Februar 1963 i.S. H./M., dass erst nach Berufung auf den primären obersten Grundsatz des massgebenden Kindeswohls auf eine weitere, zwar nicht absolute, aber ebenfalls wichtige und sowohl in der Kindermedizin als auch in der Rechtsprechung allgemein anerkannte Regel Bezug zu nehmen sei, wonach Kleinkinder zur Mutter gehören, wenn nicht wesentliche Gegenindikationen vorliegen. Denn die Berufung auf das Kindeswohl impliziert ja gerade auch die Rücksichtnahme auf solche Erkenntnisse. Das Kindeswohl könnte nicht gewahrt werden, wenn man solche Regeln einfach übersähe. Die vom Bundesgericht vorgeschlagene Hierarchie der Zuteilungsfaktoren ist also nicht nötig; das Kindeswohl genügt als Entscheidungskriterium, während die Regel der Mutterzuteilung bei Kleinkindern lediglich als Konkretisierung des Grundsatzes hinzutritt.

Auch nach erreichtem drittem Altersjahr spielt die Mutter im Normalfall der herkömmlichen Rollenverteilung für die Entwicklung und Erziehung des Kindes eine ungleich wichtigere Rolle als der Vater. Die Gefahr, dass das Kind bei einer Trennung von der Mutter infolge des Mangels an mütterlicher Fürsorge bleibende Schäden davonträgt, nimmt allerdings nach dem

¹⁵³ Die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung entspricht dieser Forderung, vgl. BGE 79 II 241, 85 II 231. Das Bundesgericht legt aber weder feste noch approximative Altersgrenzen für eine strikte Zuteilung der Gewalt an die Mutter fest, vgl. Jorio 281.

Das Zürcher Kassationsgericht hat die Mutterzuteilung von Kleinkindern sogar als gewohnheitsrechtliche Regel bezeichnet (ZR 1969 Nr. 126 = SJZ 1969, 224 f.), was allerdings zu weit geht, weil der Gesetzgeber bewusst keine starre Regelung gewollt hat.

¹⁵⁴ Die Uebernahme dieser Rolle durch den Vater müsste allerdings schon sehr früh (vornehmlich im ersten Lebenshalbjahr) erfolgt sein, was auch heute noch eher selten zutrifft, da sich die meisten Mütter in den ersten Lebensjahren selbst um das Kind kümmern (vgl. Kühn 389).

3. Altersjahr langsam ab. Sie bleibt aber mindestens bis zum Alter von ca. 5 Jahren in abgeschwächter Form bestehen. Die Verletzbarkeit durch Trennung ist vor allem dann noch beträchtlich, wenn kein genügender Mutterersatz vorhanden ist¹⁵⁵. Im Alter *zwischen 3 und 5 Jahren* ist aber die Gefahr irreparabler Schäden wesentlich geringer als in der vorangehenden Periode. Es können zwar noch dieselben Syndrome auftauchen, die Fähigkeit des Sprechens und eine erhöhte Verständnisfähigkeit werden aber meist zu deren Ueberwindung beitragen. Allerdings dürfte sich eine Trennung von der Mutter gerade auf diese Neuerwerbungen negativ auswirken: das Kind wird sie in der Verhaltenssequenz Protest - Verzweiflung - Ablösung infolge Mutterentbehrung häufig wieder aufgeben. Es wird zum Beispiel nach Erwerb der Sprachfähigkeit diese wieder zum Teil verlieren oder nach erfolgter Erziehung zur Reinlichkeit die Kontrolle über die Schliessmuskeln nicht mehr ausüben können¹⁵⁶. Die Richtlinie des Kindeswohls gebietet also dem Richter, auch bei Kindern dieser Altersstufe der Mutter die elterliche Gewalt nur aus zwingenden Gründen abzusprechen, um psychische Schädigungen des Kindes möglichst zu vermeiden. Mit Rücksicht darauf, dass mit zunehmendem Alter des Kindes auch der Vater zur wichtigen Bezugsperson wird, oder wenn andere schwerwiegende Gründe es gebieten, kann der Richter nach Prüfung der konkreten Verhältnisse die elterliche Gewalt natürlich auch einmal dem Vater zuteilen.

Die Tendenz, dass sich die Kinder mit zunehmendem Alter besser an eine Trennung von der Mutter anpassen können, hält auch nach dem 5. Altersjahr noch an. Erfolgt die Trennung aber ohne Vorbereitung und ohne geeigneten Mutterersatz, so werden bei einem beträchtlichen Teil der *vorschulpflichtigen Kinder* noch nachhaltige Störungen auftreten¹⁵⁷. Diese sind gegebenenfalls durch eine Zuweisung an die Mutter zu verhindern, sofern die Trennung vom Vater das Kindeswohl nicht noch mehr gefährdet. Die unübersehbare faktische Bevorzugung der Mutter steht nicht

¹⁵⁵ Bowlby, Mutterliebe 29; Jorio 283 mit weiteren Zitaten

¹⁵⁶ Goldstein, Jenseits 34

¹⁵⁷ Bowlby, Mutterliebe 29

im Widerspruch zur rechtlichen Gleichstellung der Eltern. Sie ist nur eine Folge davon, dass die Kinderzuteilung einzig nach dem Gesichtspunkt des Kindeswohls erfolgt.

Die Rolle des Vaters kommt in der Regel erst im *Schulalter* voll zur Geltung¹⁵⁸. Sein Einfluss ist in diesem Alter nicht mehr nur ein indirekter in Form materieller und seelischer Unterstützung der Mutter, sondern die direkte geistige Vater-Kind-Beziehung gewinnt nun zusehends an Bedeutung. Der Vater löst das Kind allmählich aus seiner bisher rein subjektiven Beziehung zur Mutter heraus. Er verhindert damit eine einseitig weibliche Erziehung und erleichtert dem Kind durch seine Wesensart besonders in der Vorpubertät und Pubertät eine gewisse Identifikation¹⁵⁹. Eine Entbehrung des Vaters kann deshalb besonders vom Schulalter an dem Kindeswohl mindestens so abträglich sein wie eine Trennung von der Mutter. Die Individualität der einzelnen Kinder und ihrer Reaktionen ist allerdings auf dieser Altersstufe schon so mannigfaltig, dass kaum allgemeingültige Regeln für die Kinderzuteilung aufgestellt werden können. Dem Richter kommt die schwierige Aufgabe zu, im Einzelfall abzuklären, mit welchem Entscheid das Kindeswohl besser gewahrt werden kann. Er muss in Würdigung der Gesamtheit aller Umstände untersuchen, welcher Elternteil den geistigen und körperlichen Bedürfnissen des Kindes eher gerecht werden kann. Die mitmenschlichen Beziehungen sind dabei für die Persönlichkeitsentwicklung von weit grösserer Bedeutung als materielle Ueberlegungen; letztere müssen gegebenenfalls durch die Bemessung der Unterhaltsbeiträge gesteuert werden¹⁶⁰.

Bühler/Spühler fordern bei der Kinderzuteilung mindestens bis zur Pubertät eine generelle Bevorzugung der Mutter-Kind-Beziehung, weil der Verlust der Mutter in jeder Entwicklungsphase eine schwerere Schädigung bedeute als der Verlust des Vaters; nur bei eigentlicher Gefährdung der Kinder durch die

¹⁵⁸ Horstmann 81, Jorio 284, Wanner 6

¹⁵⁹ Horstmann 68, Jorio 285

¹⁶⁰ Bühler/Spühler N 95 zu Art. 156 ZGB

Mutter soll von dieser Regel abgesehen werden¹⁶¹. Diese Ansicht ist spätestens bei Kindern im Schulalter nicht mehr gerechtfertigt, weil sonst die Bedeutung der Rolle des Vaters verkannt würde. Die Vater-Kind-Beziehung wurde zwar von den Sozialwissenschaften noch zu wenig untersucht - es liegen kaum einschlägige Publikationen vor -, sie darf aber deswegen bei der Kinderzuteilung nicht unterschätzt werden. Ausserdem ist die bei Bühler/Spühler zitierte psychologische Literatur (N 81) mit Vorsicht zu geniessen, weil sie ausnahmslos älteren Datums ist¹⁶² und sich vorwiegend nur mit der Mutter-Kind-Beziehung befasst. Auch die in N 80 angeführte Judikatur stammt nicht aus neuerer Zeit, ausserdem betreffen alle angeführten Entscheidungen nur die (unbestrittene) Mutterzuteilung von Kleinkindern¹⁶³.

¹⁶¹ Bühler/Spühler N 80 ff. zu Art. 156 ZGB. Diese Auffassung stützt sich im wesentlichen auf eine Feststellung Haffters (161), welche allerdings aus dem Kontext herausgerissen worden ist. Denn selbst Haffter (161 f.) relativiert in der Folge die Mutterzuteilung zugunsten einer flexibleren Lösung. Ausserdem basiert die Aussage Haffters auf der Untersuchung von 100 in den Jahren 1920-1944 (!) geschiedenen Elternpaaren. In den letzten 50 Jahren hat sich jedoch die allgemeine Moral grundlegend geändert, was mitunter nicht ohne Einfluss auf die Scheidungshäufigkeit und -gründe geblieben ist. Das statistische Material von Haffter, womit er in 70 % aller Scheidungsfälle schwerwiegende Anlage- und Verhaltensanomalien der Eltern nachweist (19) und letztlich die vorwiegende Mutterzuteilung "in jeder Entwicklungsphase" rechtfertigt (161 f.), ist durch den Wandel der gesellschaftlichen Verhältnisse unbrauchbar geworden und darf nicht einfach für die heutige Entscheidung über die Kinderzuteilung verwendet werden. Es dürfte heute z.B. auch kaum mehr zutreffen, dass die Hälfte der geschiedenen Ehefrauen vorehelich geschwängert worden ist (anders noch bei Haffter 160).

¹⁶² Die neueste zitierte Publikation (Meierhofer/Keller) ist 1966 erschienen; angesichts der Entwicklungen der letzten Jahrzehnte (vgl. dazu selbst Bühler/Spühler N 68 zu Art. 156 ZGB) erscheinen die Literaturnachweise als ungenügend.

¹⁶³ Ausser in Semjud 1963, 153 ff. (5jähriges Kind) war das jüngste Kind in keinem der in N 80 zitierten Entscheide älter als 4 Jahre! Die angeführten, durchwegs älteren Urteile sind auch im übrigen wenig geeignet, die weitreichende Regel der Mutterzuteilung bei Bühler/Spühler zu untermauern. In BGE 79 II 241 ff. warf z.B. das Bundesgericht der Vorinstanz ausgerechnet vor, sie messe der Mutterzuteilung kleiner Kinder zu grosse Bedeutung bei, während in BGE 85 II 12 ff. eine Zuteilung an den Vater von vornherein nicht in Frage kam, weil der Vater Alkoholiker war und sich kaum um die Kinder kümmerte. In sämtlichen übrigen Entscheiden wurde die Mutter nur bevorzugt, weil es sich ausnahmslos um Kleinkinder und ältere Geschwister von Kindern unter 4 Jahren handelte; im ersten Kindesalter ist jedoch die grundsätzliche Mutterzuteilung ein unbestrittenes Gebot des Kindeswohls.

Es ist wenig sinnvoll, auch für die Zuteilung von 7jährigen und älteren Kindern Richtlinien aufzustellen, weil diese Kinder nicht selten schon mit einer Mutterentbehmung fertig werden können und deshalb ihr Alter allein noch kein Indiz für die Zuteilung an einen bestimmten Elternteil ist, sondern erst die weiteren Kriterien (Beziehungen zu beiden Elternteilen, Eignung der Eltern usw.) den Ausschlag geben¹⁶⁴. Mit zunehmendem Alter ist häufiger auch eine Zuweisung an den Vater in Betracht zu ziehen. Allerdings ist eine Aufteilung von Geschwistern über alle Altersstufen hinweg fast ausnahmslos abzulehnen; sie wäre mit dem Kindeswohl höchstens dann vereinbar, wenn zwischen den Geschwistern (z.B. infolge grossen Altersunterschieds) keinerlei Zusammengehörigkeitsgefühl bestünde¹⁶⁵. Deswegen können auch schulpflichtige Geschwister von Kleinkindern, welche ihrerseits in der Regel der Mutter zugeteilt werden, nur in Ausnahmefällen dem Vater zugewiesen werden.

Die Beziehungen des Kindes zu seinen Elternteilen und deren Eignung zu Pflege und Erziehung gemäss Art. 301 f. ZGB stellen die wichtigsten Kriterien für die Zuteilung der elterlichen Gewalt dar. Das Kindeswohl gebietet ferner aber auch die Beachtung des Stabilitätsprinzips: das Kind soll möglichst von vermeidbaren Wechseln seiner sozialen Umgebung (Spielgefährten, Schulort, Sprachgebiet usw.) verschont bleiben. Das Stabilitätsprinzip verlangt ausserdem, dass der künftige Inhaber der elterlichen Gewalt auf längere Sicht ein dem Kindeswohl günstiges, stabiles Milieu bietet und damit dem kindlichen Bedürfnis nach Dauerzuständen Rechnung trägt¹⁶⁶.

Umstritten ist, welcher Stellenwert bei der Entscheidung dem Willen der Kinder beizumessen ist. Bühler/Spühler schenken den Wünschen urteilsfähiger Kinder nur im Sinne eines Stich-

¹⁶⁴ Vgl. z.B. Semjud 1965, 488: ein 7 1/2-jähriger Knabe kann ebenso gut dem Vater zugeteilt werden. Fragwürdig ZR 1979 Nr. 63.

¹⁶⁵ Haffter 163; Hinderling 155; Bowlby, Trennung 27/28; Jorio 291; Bühler/Spühler N 101 zu Art. 156 ZGB

¹⁶⁶ Daher ist eine bedingte oder provisorische oder zeitlich beschränkte Zuteilung der Kinder abzulehnen (Jorio 288 f., Bühler/Spühler N 98 ff. zu Art. 156 ZGB).

entscheidendes Beachtung, wenn beide Elternteile die Voraussetzungen für eine Zuweisung der Kinder erfüllen¹⁶⁷. Hinderling¹⁶⁸ vertritt die Ansicht, dass besonders bei älteren Kindern wegen des Eingriffs in ihre Persönlichkeitssphäre eine Rücksichtnahme auf ihren Willen angebracht sei, soweit sich dies mit dem Kindeswohl vertrage. Noch weiter geht Jorio, welcher allen urteilsfähigen Kindern ein Anhörungsrecht einräumt und die Willenserklärung von Kindern im Nachschulalter weitgehend dem vom Richter von Amtes wegen festzustellenden Kindeswohl voranstellt¹⁶⁹. Dieser letzteren Auffassung ist grundsätzlich beizupflichten. Sie entspricht dem zentralen Anliegen des neuen Kindesrechts, das Persönlichkeitsrecht des Kindes in vermehrtem Masse zu beachten. Wenn dem Kind schon eine gewisse Freiheit seiner Lebensgestaltung eingeräumt wird und die Eltern in wichtigen Angelegenheiten auf seine Meinung Rücksicht nehmen müssen (Art. 301 Abs. 2 ZGB), wenn das 16jährige Kind selbständig über sein religiöses Bekenntnis entscheiden kann (Art. 303 Abs. 3 ZGB) und wenn das urteilsfähige Kind zu seiner Adoption zustimmen muss (Art. 265 Abs. 2 ZGB), dann erscheint es nur als billig, dass auch bei der Zuteilung der elterlichen Gewalt gebührend auf seinen Willen Rücksicht genommen wird, zumal sich diese Entscheidung ja einzig nach dem Kindeswohl zu richten hat. Immerhin muss vorsichtig abgeklärt werden, ob das Kind bei seinem Wunsche nicht von einem Elternteil absichtlich beeinflusst oder durch eine momentane, zum Beispiel pubertätsbedingte Opposition geleitet wird. Auch wenn der Wille des Kindes feststeht, hat der Richter noch zu prüfen, ob dieser langfristig dem Kindeswohl entsprechen wird; die absolute Selbstbestimmung würde nämlich die Frage nach dem Wohl unbeantwortet lassen¹⁷⁰. Ausserdem kann die Willenserklärung dann an Bedeutung verlieren, wenn noch Geschwister vorhanden sind, welche (wegen ihres Kleinkindalters, ihrer

¹⁶⁷ Bühler/Spühler N 92 zu Art. 156 ZGB. An dieser Auffassung ist zu kritisieren, dass grundsätzlich zuerst die Beziehungen jedes Kindes zu seinen beiden Elternteilen zu untersuchen und die Eignungen der Eltern erst sekundär von Bedeutung sind.

¹⁶⁸ Hinderling, Supplement 51

¹⁶⁹ Jorio 294, a.M. Bühler/Spühler N 92 zu Art. 156 ZGB

¹⁷⁰ vgl. Kühn 390, Mündler/Kühn 115, hinten 121

Beziehungen zu den Eltern, ihres eigenen Willens usw.) dem andern Elternteil zugewiesen werden, denn die Gemeinschaft der Geschwister sollte nur in Ausnahmefällen aufgelöst werden.

Zusammenfassung: Für die Kinderzuteilung bei Scheidung, Trennung und Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes ist das Kindeswohl massgebend. Kindeswohl bedeutet in diesem Zusammenhang in erster Linie geistig-seelisches Wohl des Kindes. Es gilt, durch den Entzug der elterlichen Gewalt des einen Elternteils und die damit verbundene, bis auf das Besuchsrecht endgültige Trennung von ihm das psychische Wohl des Kindes so wenig wie möglich zu beeinträchtigen. Sein physisches Wohlergehen steht dabei nicht im Vordergrund, ist aber eine Voraussetzung zur Wahrung des geistigen Wohls. Nicht oder nur von sehr untergeordnetem Interesse (wenn es auf das psychische Wohl direkten Einfluss hat) ist hier das finanzielle Wohlergehen des Kindes. Immerhin kann dem kindlichen Bedürfnis nach Stabilität des Milieus bei einer soliden wirtschaftlichen Basis eher Rechnung getragen werden; die finanziellen Interessen des Kindes dürfen aber bei der Kinderzuteilung nie im Vordergrund stehen. Durch die Zuteilung der Kinder nicht tangiert werden die rechtlichen Aspekte des Kindeswohls. Allfällige soziale Auswirkungen der Kinderzuteilung sind nach Massgabe ihres Einflusses auf das Kindeswohl zu berücksichtigen.

Die allein massgebende Richtlinie des Kindeswohls verbietet, bei der Kinderzuteilung die Schuld an der Scheidung, Trennung oder Aufhebung des Haushaltes als eigenständiges Kriterium heranzuziehen. Die Schuld des einen Ehegatten ist höchstens dann von Bedeutung, wenn sie sich negativ auf seine Eignung zur Ausübung der elterlichen Gewalt auswirkt¹⁷¹. Die Zuteilung

¹⁷¹ Dies dürfte in der Regel der Fall sein, wenn die Scheidungsgründe der Art. 138, 138 oder 141 ZGB (Nachstellen nach dem Leben, Misshandlung, Verbrechen, unehrenhafter Lebenswandel) erfüllt sind. Vgl. Bühler/Spühler N 73 zu Art. 156 ZGB. Fragwürdig ist die Betonung der Scheidungsschuld in BGE 62 II 12 und Semjud 1965, 487. In BGE 62 II 12 fiel die Rücksicht auf die Scheidungsschuld stärker ins Gewicht als der Vorteil einer gemeinsamen Erziehung der Kinder: im Sinne einer Sanktion gegen die fehlbare Ehefrau wurden die Kinder getrennt und die elterliche Gewalt über eines davon dem Vater zugewiesen!

der Kinder darf keine Sanktion gegen den Elternteil sein, dem die elterliche Gewalt abgesprochen wird. Deshalb können auch moralische Aspekte¹⁷² nur dann ausschlaggebend sein, wenn sie sich negativ auf das Kindeswohl auswirken.

Wo in den vorangehenden Ueberlegungen das Kindeswohl fallweise näher konkretisiert wurde, ist zu beachten, dass dabei stets der sogenannte Normalfall Ausgangspunkt war. Auf die Trennung von der zentralen Bindungsfigur werden nicht alle Kinder mit der beschriebenen Verhaltenssequenz reagieren und bleibende Schäden davontragen. Ausnahmen kommen immer wieder vor¹⁷³, allerdings in so geringer Zahl, dass die Verhaltenssequenz Protest - Verzweiflung - Ablösung als Normalfall bezeichnet werden kann. Die vorangehenden Betrachtungen gehen ferner - wie praktisch die gesamte Literatur - vom "Normalfall der ehelichen Rollenverteilung aus, wie sie heute noch den Art. 159 ff. ZGB zugrunde liegt. Die Bedeutung von Mutter und Vater erhält einen ganz andern Stellenwert, wenn die Mutter erwerbstätig ist und sich vorwiegend der Vater um das Kind kümmert. Entsprechende Modifikationen der Verhältnisse hat der Richter bei der Untersuchung des Kindeswohls und beim darauf folgenden Zuteilungsentscheid gebührend zu berücksichtigen. Auch in dieser Hinsicht erweist sich die flexible Formel des Kindeswohls als äusserst nützliche Richtlinie für die Zuteilung der elterlichen Gewalt.

Bei der Abklärung, was im Einzelfall dem Kindeswohl dient, ist der Richter auf die Erkenntnisse der Sozialwissenschaften angewiesen. Er wird für eine sorgfältige Abklärung der Verhältnisse häufig den Rat und die Erfahrung der Soziologie, Pädagogik, Psychiatrie, Medizin oder Sozialarbeit beiziehen müssen. Wo der Richter überfordert ist, muss er sich durch das Gutachten eines Sachverständigen den nötigen Aufschluss verschaffen¹⁷⁴.

¹⁷² wie z.B. die Missbilligung ehebrecherischen Verhaltens, vgl. Bühler/Spühler N 83 zu Art. 156 ZGB, Jorio 296 f.

¹⁷³ Vgl. Bowlby, Mutterliebe 47: es werden z.B. auch nicht alle Kinder krank, die dem Virus der Kinderlähmung ausgesetzt sind.

¹⁷⁴ Zurückhaltend Bühler/Spühler N 68 f. zu Art. 156 ZGB. Nach Kühn (389) ist die Gutachtertätigkeit im Zunehmen begriffen. Zur Bedeutung der Sozialwissenschaften allgemein hinten 128 ff.

Schliesslich ist bei der Kinderzuteilung zu beachten, dass das Kindeswohl wegen des kindlichen Zeitbegriffs und des Stabilitätsprinzips eine möglichst rasche und definitive (und dennoch gründliche und sorgfältige) Lösung verlangt¹⁷⁵.

γ) Abänderung von Scheidungs- und Trennungsurteilen

Die Möglichkeit der Abänderung des Zuweisungsentscheides durch den Richter gemäss Art. 157 ZGB besteht seit dem Inkrafttreten des neuen Kindesrechts grundsätzlich auch nach erfolgter Zuteilung der elterlichen Gewalt bei Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes, weil nun Art. 297 Abs. 2 ZGB auch in diesen Fällen die Aberkennung der elterlichen Gewalt eines Elternteils erlaubt.

Eine Abänderung der Gewaltverhältnisse kommt nur in Frage, wenn das Kindeswohl eine Neuregelung verlangt und die Fortführung des bisherigen Zustandes mit grosser Wahrscheinlichkeit eine ernste Schädigung des Kindes hervorrufen würde¹⁷⁶. Eine Aenderung der Gewaltverhältnisse ist nur gerechtfertigt, wenn beim gegenwärtigen Gewaltträger mindestens die Voraussetzungen für die Aufhebung der elterlichen Obhut gegeben sind und auch auf längere Sicht keine Besserung der Verhältnisse zu erwarten ist¹⁷⁷. Die Abänderung der Elternrechte und -pflichten ist somit an strenge Voraussetzungen geknüpft; sie darf nur erfolgen, wenn das Kindeswohl dies zwingend verlangt¹⁷⁸. Die in Art. 157 ZGB ausdrücklich erwähnten Gründe der Heirat oder des Wegzugs eines Elternteils (in der Regel des Gewaltträgers) sind keine absoluten Abänderungsgründe, auch der Tod des Gewalthabers bewirkt nicht ex lege den Uebergang der elterlichen Gewalt auf den andern Elternteil^{179, 180}.

¹⁷⁵ Goldstein, *Jenseits* 41 ff.; Kühn 390; hinten 201 und 206

¹⁷⁶ BGE 43 II 476, 95 II 388, 100 II 77 ff.; grundsätzlich ablehnend Goldstein, *Jenseits* 37

¹⁷⁷ Jorio 299, Kehl N 275 ff.

¹⁷⁸ Kehl N 280 mit Kasuistik; Bühler/Spühler N 92, 118, 124 und 130 zu Art. 156 ZGB

¹⁷⁹ Kehl N 310, 313, 329. Jorio (302) tritt mit guten Argumenten für die Streichung der Abänderungsgründe Heirat und Wegzug ein.

¹⁸⁰ Umstritten ist das Verhältnis zwischen Art. 156/157 ZGB und Art. 315a ZGB. M.E. geht die in der bisherigen Literatur wie auch in der Botenschaft des Bundesrates vertretene Ansicht zu weit, wonach mit dem

Für die Abänderung der Elternrechte gemäss Art. 157 ZGB ist also allein das Kindeswohl massgebend. Dabei ist auch hier auf den allgemein bei der Zuteilung der elterlichen Gewalt geltenden Kindeswohlbegriff abzustellen: im Vordergrund steht also das psychische Wohl des Kindes, welches vor allem die Berücksichtigung der bestehenden Beziehungen und des Stabilitätsprinzips verlangt.

6) Persönlicher Verkehr

Nach Art. 273 ZGB haben die Eltern Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr mit dem unmündigen Kind, das nicht unter ihrer Gewalt oder Obhut steht. Allerdings findet das Besuchsrecht seine Schranken im Kindeswohl: wird dieses durch den persönlichen Verkehr gefährdet, so kann er verweigert oder entzogen werden¹⁸¹.

neuen Art. 315a Abs. 3 ZGB die Vormundschaftsbehörde für die Uebertragung der elterlichen Gewalt an den überlebenden Elternteil nach dem Tode des bisherigen Gewaltinhabers zuständig sei (BB1 1974 II 87; Hegnauer, Kindesrecht 154 und Eherecht 86 sowie in ZVW 1978, 46 ff. und 1981, 15 ff.; Henkel 124/125; Bühler/Spühler N 28 zu Art. 157 ZGB). Eine unterschiedliche Auslegung des Begriffs der Kindesschutzmassnahmen in den Absätzen 1 und 3 von Art. 315a ZGB drängt sich nicht auf, zumal auch die Materialien kaum eine solche Interpretation nahelegen (vgl. die widersprüchlichen Belege in ZVW 1980, 32 ff.). Es ist vielmehr auf den Wortlaut und die systematische Einordnung von Art. 315a ZGB abzustellen, wo zwischen eherechtlichen und Kindesschutzmassnahmen unterschieden wird. Die Anordnung und Abänderung eherechtlicher Massnahmen fällt nach Art. 156/157 ZGB ausschliesslich in die Kompetenz des Scheidungsrichters, die Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde gemäss Art. 315a Abs. 3 ZGB beschränkt sich somit auf die eigentlichen Kindesschutzmassnahmen nach Art. 307, 308, 310, 311, 312, 324 und 325 ZGB. Auch wenn die Zuteilung der Gewalt an einen Elternteil materiell als Kindesschutzmassnahme erscheint (dies trifft übrigens auch für die Anordnungen über Besuchsrecht und Unterhaltsbeitragspflicht zu!), muss m.E. die notwendige Abgrenzung in allen Fällen mit der formellen Einteilung in eherechtliche und Kindesschutzmassnahmen vorgenommen werden. Trotz des inneren Zusammenhanges zwischen einer Kindeszureilung nach Art. 156 ZGB und der Entziehung der elterlichen Gewalt nach Art. 311 f. ZGB fällt also die Uebertragung der Gewalt an den überlebenden Elternteil nach wie vor in die Kompetenz des Scheidungsrichters. (Demgegenüber schlägt das Bundesgericht nun in BGE 107 II 100 ff. eine vermittelnde Lösung vor.)

¹⁸¹ Art. 274 Abs. 2 ZGB. Bereits die Rechtsprechung zum alten Kindesrecht bejahte, wenn auch anfänglich sehr zurückhaltend, die Möglichkeit der gänzlichen Aberkennung des Besuchsrechts, sofern das Kindeswohl durch den persönlichen Verkehr ernsthaft gefährdet wurde; vgl. BGE 72 II 11, 89 II 2 ff., 95 II 387 und 100 II 81; Marthaler 45, 142 ff. und 153. Sehr deutlich nun BGE 107 II 302 ff.

Das als Schranke des Besuchsrechts massgebende Kindeswohl liegt inhaltlich etwa zwischen dem Kindeswohlbegriff bei der Zuteilung der elterlichen Gewalt an den ausserehelichen Vater und demjenigen bei der Kinderzuteilung nach der Scheidung. Das Stabilitätsprinzip steht im Vordergrund, wenn durch den Verkehr mit dem andern Elternteil die an sich stabilen Verhältnisse beim Gewaltträger aufgeweicht und verunsichert werden. Und das psychische Wohl des Kindes ist in jenen Fällen von entscheidender Bedeutung, wo die Aufrechterhaltung des persönlichen Verkehrs das geistige oder seelische Wohlergehen des Kindes gefährdet¹⁸² bzw. wo die Verweigerung oder der Entzug des Besuchsrechts zu Trennungsdepressionen führen könnte. Das leibliche und das finanzielle Wohlergehen des Kindes spielen in diesem Zusammenhang keine oder höchstens eine subsidiäre Rolle.

Der Richter ist auch bei der Abklärung, ob die Ausübung des Besuchsrechts das Kindeswohl gefährdet oder nicht, auf sozialwissenschaftliche Erkenntnisse angewiesen und wird in heikleren Fällen Sachverständigengutachten einholen müssen.

B. Adoption von Kindern

a) Das Kindeswohl als allgemeine Voraussetzung der Adoption

Die möglichst weitgehende Wahrung des Kindeswohls ist der charakteristische Grundzug der Adoptionsrechtsnovelle von 1972¹⁸³. In Art. 264 ZGB erhebt das Gesetz das Kindeswohl zur zentralen Voraussetzung jeder Adoption: die künftigen Adop-

¹⁸² Wenn z.B. der Besuchsberechtigte durch seinen unehrenhaften Lebenswandel (Trinker, Prostituierte usw.) das Kind negativ beeinflusst oder wenn sich das Kind aus andern Gründen innerlich gegen die Besuche sträubt und daher ein persönlicher Verkehr nicht viel verspricht.

¹⁸³ Hegnauer, Einleitung zum Adoptionsrecht N 35. Vom Kindeswohl ist zwar nur in Art. 264 und 269 Abs. 1 ZGB ausdrücklich die Rede. Bei genauerer Betrachtung erkennt man jedoch, dass die meisten adoptionsrechtlichen Bestimmungen auf die Wahrung des Kindeswohls ausgerichtet sind. Das Institut der Unmündigenadoption mit seinem Hauptzweck, familienlosen Kindern neue Eltern zu geben und ihnen dadurch zu einer harmonischen Entwicklung zu verhelfen, entspricht an sich schon dem Leitgedanken des Kindeswohls. Vgl. nun auch Schweizerische Landeskonferenz für Sozialwesen 41 ff. (Hegnauer) und 55 ff. (Perrin) sowie BGE 107 II 20 ff.

tiveltern müssen berechtigten Anlass zur Erwartung geben, dass die Begründung eines Kindesverhältnisses auch tatsächlich dem Wohl des Kindes diene¹⁸⁴.

Der Begriff des Kindeswohls als Voraussetzung der Adoption ist umfassender als derjenige bei der Zuteilung der elterlichen Gewalt. Denn bei den Entscheiden über die Gewaltzuweisung kann der Richter nur zwischen zwei oder drei vorgegebenen Alternativen wählen, während sich nach einer allfälligen Verweigerung der Adoption in der Regel zahlreiche andere Lösungen für das Kind anbieten. Bei der Zuteilung der Gewalt wird der Richter die für das Kind am wenigsten schädliche Alternative wählen, wobei diese das Kindeswohl in gewissem Masse gewährleisten muss. In der Auswahlphase vor der Adoption und später beim Adoptionsentscheid können hingegen höhere Anforderungen an die künftigen Inhaber der elterlichen Gewalt gestellt werden, weil die (Fremd-) Adoption für Kind und Adoptiveltern ein Neuanfang ist, bei dem nicht von vornherein dem Kindeswohl abträgliche Eigenschaften der Adoptiveltern in Kauf genommen werden müssen. Es gilt vielmehr die einmalige Chance zu nutzen, indem die für das jeweilige Kind beste Lösung gewählt wird. Die Adoption bietet nämlich die seltene Gelegenheit, die Eltern für ein bestimmtes Kind aussuchen zu können. Erfüllen die zur Diskussion stehenden Adoptiveltern die Voraussetzungen zur Wahrung des Kindeswohls nicht oder nur ungenügend, so ist von einer Adoption (wenn möglich zuvor schon von einer Pflegekindschaft) vorläufig abzusehen und nach geeigneteren adoptionswilligen Eltern Ausschau zu halten.

Die Aufteilung in die verschiedenen Phasen des Adoptionsverfahrens gibt meines Erachtens in bezug auf den jeweiligen Inhalt des Kindeswohls nicht viel her¹⁸⁵. Immerhin ist zwar in der Auswahlphase und bei der enquête sociale das Kindeswohl in einer umfassenderen Bedeutung massgebend als im Zeitpunkt des Adoptionsentscheides. In der Auswahlphase müssen die Vermittlungsstellen und vormundschaftlichen Organe diejenigen adoptionswilligen Eltern suchen, die das Kindeswohl voraus-

¹⁸⁴ vgl. z.B. ZVW 1980, 106 ff. oder auch Art. 3 AdVV

¹⁸⁵ a.M. Eichenberger 146

sichtlich in jeder Beziehung zu gewährleisten vermögen. Es sind relativ hohe Ansprüche zu stellen; negative Eigenschaften können nur in Kauf genommen werden, wenn die positiven weit überwiegen. Die enquête sociale gemäss Art. 268a Abs. 2 ZGB bildet die Grundlage der Beurteilung, ob die Adoption dem Wohl des Kindes diene. Sie stellt deshalb auch eine umfassende Untersuchung aller Aspekte des Kindeswohls dar. Beim endgültigen Adoptionsentscheid hingegen ist das Kindeswohl in einer relativen Bedeutung zu verstehen: die Adoption ist zwar grundsätzlich zu verweigern, wenn sie dem Kindeswohl nicht entspricht. Dabei sind aber an die Erfüllung des Kindeswohls dann nicht so strenge Massstäbe zu legen, wenn das Wohl des Kindes durch die Verweigerung der Adoption und die damit verbundene Wegnahme vom Pflegeplatz mehr beeinträchtigt würde als bei einem Verbleib des Kindes bei den Pflegeeltern. Die Gemeinschaft des Kindes mit den Pflegeeltern ist in solchen Fällen aus denselben Überlegungen wie in Art. 310 Abs. 3 ZGB als die weniger schädliche Alternative zu schützen.

Wie kann nun der Inhalt des Kindeswohls als Voraussetzung der Adoption konkretisiert werden? Welche Bedingungen müssen die künftigen Adoptiveltern erfüllen bzw. welche Eigenschaften sollten sie nicht aufweisen? - Das Gesetz verlangt von allen Eltern, dass sie Pflege und Erziehung der Kinder im Blick auf ihr Wohl leiten (Art. 301 Abs. 1 ZGB) und sieht für den Fall der Gefährdung des Kindeswohls verschiedene staatliche Eingriffe zum Schutze des Kindes vor (Art. 307 ff. ZGB). Da das Kind mit der Adoption die Rechtsstellung eines Kindes der Adoptiveltern erhält (Art. 267 Abs. 1 ZGB), gelten diese Bestimmungen auch für Adoptiveltern. Das Kindesinteresse verlangt bei der Adoption also die Eingliederung in eine Familie, in der das Kind für seine psychische und physische Entwicklung hinreichende und im Vergleich zu früher bessere Bedingungen antreffen wird¹⁸⁶. Adoptionswillige Eltern müssen folglich den Nachweis erbringen, dass sie zur kindgerechten Pflege und Erziehung einerseits fähig und andererseits auch willens sind. Der mit dieser Prüfung verbundene Wahrschein-

¹⁸⁶ Overbeck 374

lichkeitsschluss in die Zukunft erweist sich für die zuständige Behörde als sehr heikel. Das Gesetz sieht nur wenige konkrete und vor allem messbare Voraussetzungen vor. Zu erwähnen wären etwa die Vorschriften bezüglich des Alters der Adoptiveltern bzw. der Dauer ihrer Ehe (Art. 264a f. ZGB) oder bezüglich des Mindestaltersunterschieds von 16 Jahren (Art. 265 Abs. 1 ZGB). Der Gesetzgeber hat mit den Erfordernissen, dass die Adoptiveltern im normalen Elternalter sein sollen und dass dank des Altersunterschieds ein natürliches Eltern-Kind-Verhältnis entstehen kann, eine erste Grundlage für die Wahrung des Kindeswohls geschaffen¹⁸⁷. Bei der Abklärung weiterer Voraussetzungen ist die zuständige Behörde schon vor schwierigeren Aufgaben gestellt. So hat sie unter anderem zu untersuchen, ob die neue intellektuelle Umgebung dem Herkunftsmilieu des Kindes ungefähr entspricht¹⁸⁸, ob ein bereits religiös unterwiesenes Kind bei Adoptiveltern mit demselben Glaubensbekenntnis plazierte¹⁸⁹ usw.

Abzuklären sind alle Aspekte, die das *geistige Wohl*¹⁹⁰ des Adoptivkindes beeinflussen. "Die emotionale Erhaltung des Kindes, seine seelische Gesundheit sind weitgehend abhängig von den gegenseitigen affektiven Beziehungen zwischen den Eltern und Geschwistern einerseits und dem Kind andererseits. Im Säuglings- und Kleinkindalter sind die Gefühlsbeziehungen geprägt durch das frühe Mutter-Kind-Verhältnis. Die Beziehungen zwischen Eltern und Kind müssen kontinuierlich erhalten bleiben, damit sich das Kind den Erwachsenen angleichen kann. Dieser dauernde intime Kontakt zwischen Eltern und Kind ist nur in harmonischen Familienverhältnissen gewährleistet. Sie müssen für das Kind vorbildlich sein, das Kind muss sich an ihnen

¹⁸⁷ vgl. Eichenberger 145

¹⁸⁸ Eichenberger 135

¹⁸⁹ Eichenberger (136) bejaht diese Frage generell für den Fall, dass sich die Eltern zu einem christlichen Glauben bekennen und das Kind bereits in einer nichtchristlichen Religion unterwiesen worden ist. M.E. sollten aber auch in solchen Fällen besonders harmonische und ausgewogene affektive Beziehungen zwischen Eltern und Kind Ausnahmen rechtfertigen.

¹⁹⁰ Das geistige Wohl ist in intellektueller wie auch in seelisch-sittlicher Hinsicht zu verstehen (Hegnauer N 75 zu aArt. 283 ZGB).

orientieren können."¹⁹¹ Es darf keine Gefahr bestehen, dass die Adoptiveltern nicht in angemessenem Rahmen ihre Zeit der Pflege und Erziehung des Kindes widmen würden, dass der eine Elternteil die gesamte Sorge um das Wohlergehen des Kindes dem Ehegatten allein überliesse oder dass die neuen Eltern nicht Gewähr böten, das Kind bestmöglich ausbilden zu lassen und seinen schulischen und beruflichen Werdegang in diesem Sinne zu beeinflussen¹⁹². Einigen Aufschluss über die Bereitschaft der Eltern zu kindgemässer Pflege und Erziehung vermögen ihre Motive zur Adoption zu geben. Der Wille, einem elternlosen oder von seinen Eltern verstossenen Kind die Geborgenheit an einem dauernden Aufsuchsplatz zu bieten und sich für sein Wohlergehen einzusetzen, muss unverkennbar als Hauptmotiv der Kindesannahme erscheinen. Für das geistige Wohl des Kindes entscheidend ist die Erziehung, die ihm die Adoptiveltern zukommen lassen. Die Förderung und der Schutz der geistigen und sittlichen (und körperlichen) Entfaltung des Kindes obliegt den Eltern entsprechend ihren Verhältnissen (Art. 302 Abs. 1 ZGB). Geraten sie dabei in Schwierigkeiten, so müssen sie zur Zusammenarbeit mit privaten oder staatlichen Erziehungshilfen bereit sein¹⁹³. Allerdings werden Eltern, die voraussichtlich nicht allein zur Erziehung fähig sind, in der Regel schon in der Auswahlphase ausgeschieden. Ebenso kommen Eltern mit schwerwiegenden Abnormitäten wie Trunksucht, unehrenhaftem Lebenswandel, Sittenlosigkeit, verwahrlostem Haushalt usw., welche das Kindeswohl ernsthaft gefährden würden, von vornherein für eine Adoption nicht in Betracht.

Neben dem geistigen Wohl müssen die Adoptiveltern durch ihre persönliche Fürsorge auch das *leibliche Wohl* des Kindes sicherstellen¹⁹⁴. Dieser Teilaspekt des Kindeswohls kann einfacher konkretisiert werden als das geistige Wohlergehen. Erforderlich sind eine genügende Ernährung, eine angepasste Körper-

¹⁹¹ Eichenberger 94

¹⁹² Eichenberger 152/153

¹⁹³ Vgl. Art. 302 Abs. 3 ZGB, Eichenberger 135. Zur religiösen und beruflichen Ausbildung im einzelnen Eichenberger 135 ff.

¹⁹⁴ Die Beeinträchtigung des leiblichen Wohls zieht sehr oft eine Schädigung des geistigen Wohls nach sich.

und Gesundheitspflege, eine saubere und zweckmässige Bekleidung, ein eigenes Bett und nach Möglichkeit vom Zeitpunkt der Entwicklung der eigenen inneren Persönlichkeit an ein eigenes Zimmer. Die einzelnen Erfordernisse sind stets zu den gegebenen Verhältnissen und zum betreffenden Milieu in Relation zu setzen. Das körperliche Wohl darf ferner nicht durch Ausnützung der Arbeitskraft, durch übermässige Züchtigung, aber auch nicht durch sterile "Ueberzüchtung" des Kindes gefährdet werden¹⁹⁵.

Das *wirtschaftliche Wohlergehen* des Kindes spielt auch bei der Adoption höchstens eine untergeordnete Rolle. Die Adoptiveltern müssen einfach in der Lage sein, selbständig für Pflege, Unterhalt und Erziehung des Kindes aufzukommen. Erlaubt es das Wohl des Kindes, so kann durchaus auch bzw. nur die Mutter einem auswärtigen Verdienst nachgehen¹⁹⁶. Weder Einfluss auf den Auswahl- noch auf den Adoptionsentscheid dürfen Ausichten auf ein grosses Erbe haben; das Kindeswohl als Gesamtes wird davon kaum abhängen.

Die *rechtlichen Interessen* des Kindes werden durch die Adoption immer gewahrt, weil das Kind dabei die Rechtsstellung eines Kindes der Adoptiveltern erhält.

Die Adoption entspricht regelmässig auch dem *sozialen Wohl* des Kindes. Denn Adoptivkinder stammen sehr oft aus sozial benachteiligten Verhältnissen. Ihre leiblichen Eltern sind entweder gestorben oder haben auf ihr Kind verzichtet oder erfüllen eine der Voraussetzungen für das Absehen von der Zustimmung zur Adoption. Durch die Plazierung des Kindes in einer zumeist vollständigen Familie wird ihm definitiv ein fester sozialer Status zugewiesen.

Die vorgenommenen Konkretisierungen der einzelnen Aspekte des Kindeswohls sind immer noch sehr allgemein gehalten. Sie können wegen der Individualität der verschiedenen Sachverhalte kaum ein für allemal konkreter bestimmt werden. Die Rechtsanwendung vollzieht sich zur Hauptsache in Ermessensentscheiden,

¹⁹⁵ vgl. zu alldem Eichenberger 133 f., 152

¹⁹⁶ a.M. Eichenberger 94 mit Hinweis auf Oeschger

welche ihrerseits kasuistische Präzisierungen liefern¹⁹⁷.

Nach Eichenberger¹⁹⁸ richtet sich der *Wertmassstab*, der an das Kindeswohl und die Interessen der andern an der Adoption Beteiligten zu legen ist, nach den Realien, in denen der jeweilige Fall wurzelt. Damit wurde die Bemerkung Hegnauers¹⁹⁹ übernommen, dass sich der Sittenstand des Volksganzen nicht durch den Gesetzgeber und den Eingriff der Behörden heben lasse, dass also weitverbreitete erzieherische Untugenden und Missstände auf diese Art nicht korrigiert werden können. Dieser Auffassung ist meines Erachtens nicht beizupflichten. Denn die Feststellung Hegnauers ist im Kontext zu verstehen und kann nicht tel quel in jedem Falle herangezogen werden, in dem es um das Kindeswohl geht. Hegnauer hält - in Anlehnung an Grob - lediglich für den Fall der Gefährdung des Kindeswohls durch die Eltern fest, dass Kindesschutzmassnahmen zur Behebung weitverbreiteter erzieherischer Untugenden ungeeignet seien, weil die Kindererziehung grundsätzlich das Feld der freien und spontanen Betätigung der Eltern sei. Bei der Adoption liegt aber ein völlig anderer Sachverhalt vor; gerade sie bietet die Möglichkeit, auch verbreitete Untugenden zu bekämpfen. Die Adoptionsbehörden werden sich bei ihrem Entscheid nur dann von allgemeinen Wertmassstäben leiten lassen, wenn diese mit den Erkenntnissen der herrschenden Lehre in den einschlägigen Sozialwissenschaften (Psychologie, Psychiatrie, Pädagogik usw.) übereinstimmt. Weil die Adoption einen Neuanfang darstellt, welcher möglichst kindgerecht beginnen sollte, kommt eine Sanktionierung allgemeiner Missstände und Unsitten zumindest in der Auswahlphase, in der bei der Beurteilung des Kindeswohls relativ strenge Massstäbe angebracht sind, nicht in Frage. Es entsteht nicht wie bei den Kindesschutzmassnahmen eine Kollision mit dem freien Erziehungsrecht der Eltern.

Zu erwähnen bleibt schliesslich die *Einzeladoption*, welche im

¹⁹⁷ Vgl. etwa die Kasuistik zum leiblichen Kindeswohl (im Zusammenhang mit den Kindesschutzmassnahmen) bei Hegnauer N 69-74, zum geistigen Wohl N 75a-91a zu aArt. 283 ZGB.

¹⁹⁸ Eichenberger 146

¹⁹⁹ Hegnauer N 30 ff. zu aArt. 283 ZGB

Rahmen von Art. 264b ZGB möglich ist. Allerdings soll nach dem Willen des Gesetzgebers die gemeinschaftliche Adoption (welche nur durch Ehegatten möglich ist) der Normalfall sein²⁰⁰. Eine Einzeladoption eines Unmündigen kommt nur in Frage, wenn das Kindesinteresse eine solche verlangt²⁰¹. Dem Kindeswohl entspricht aber in der Regel eher die gemeinschaftliche Adoption²⁰², weil damit dem Bedürfnis des Kindes nach Mutter und Vater, also nach einem natürlichen und vollständigen Eltern-Kind-Verhältnis Rechnung getragen wird.

b) Das Kindeswohl im übrigen Adoptionsrecht

Das gesamte Adoptionsrecht ist vom Gedanken des Kindeswohls geprägt. Eichenberger stellt fest, dass praktisch alle materiellen Voraussetzungen, aber auch alle Wirkungen und sogar die Verfahrensbestimmungen um des Kindeswohls willen aufgestellt worden sind²⁰³. Nahezu alle adoptionsrechtlichen Normen dienen direkt oder indirekt der Verwirklichung des Kindeswohls im umfassenden Sinne, wie es vorn 78 ff. umschrieben wurde.

Dennoch sind in den einzelnen Bestimmungen jeweils nur Teilaspekte des Kindeswohls von Bedeutung. Nach Art. 269 Abs. 1 ZGB können zum Beispiel die Zustimmungsberechtigten, deren Zustimmung zur Adoption grundlos nicht eingeholt wurde, die Adoption dann nicht mehr anfechten, wenn dadurch das Kindeswohl ernstlich beeinträchtigt würde. Hier ist das Kindeswohl nur in bezug auf die Rückgängigmachung der Adoption und den damit verbundenen Pflegeplatzwechsel zu untersuchen. - Art. 265c Ziff. 2 ZGB sieht zum Beispiel vor, dass von der Zustimmung eines Elternteils zur Adoption abgesehen werden kann, wenn er sich nicht ernstlich um das Kind gekümmert hat. Die Adoptionsbehörde kann grundsätzlich von dieser Zustimmung ab-

²⁰⁰ Eichenberger 96 f., 150, 186

²⁰¹ Beispiele bei Eichenberger 187 ff.

²⁰² Die Stiefkindadoption ist ihrer Funktion nach auch eine gemeinschaftliche Adoption, weshalb sie im Gesetz (Art. 264a ZGB) unter diesem Titel eingereiht wird, obwohl diese Einordnung an sich systemwidrig ist.

²⁰³ Eichenberger 144 f., vgl. hinten 162

sehen, wenn das Kindesinteresse dies erfordert²⁰⁴. Ähnlich wie bei den Kindesschutzmassnahmen muss eine ernsthafte Gefährdung des Kindeswohls vorliegen, damit von der Zustimmung abgesehen werden kann. Die Kindesinteressen müssen geradezu das Absehen von der Zustimmung gebieten. In diesem Zusammenhang ist in erster Linie das geistige Wohl des Kindes von Bedeutung: der Tatbestand von Art. 265c Ziff. 2 ZGB kann nur erfüllt sein, wenn keine schützenswerten persönlichen Beziehungen zwischen dem Kind und dem betreffenden Elternteil bestehen. Andernfalls müssten diese im Interesse von Kind und Eltern berücksichtigt werden; die Zustimmung der leiblichen Eltern wäre dann für eine spätere Adoption - sofern eine solche überhaupt im Interesse des Kindes liegt - grundsätzlich unumgängliche (vgl. dazu Art. 269 ZGB) Voraussetzung.

C. Entscheidungen über Namensänderungen und Bürgerrechtserteilungen

a) Namensänderung eines Kindes

- α) Im Zusammenhang mit Namensänderungen von Kindern durch behördlichen Akt wird das Kindeswohl sehr oft zur Begründung von Entscheidungen herangezogen.

Nach Art. 30 Abs. 1 ZGB kann die Regierung des Wohnsitzkantons²⁰⁵ bei Vorliegen wichtiger Gründe eine Namensänderung be-

²⁰⁴ Eichenberger 218. Hegnauer (SJZ 1976, 205) weist darauf hin, dass der Gesetzgeber bei dieser Bestimmung bewusst auf die Generalklausel des Kindeswohls verzichtet habe, um die Adoptionsbehörden im Konflikt zwischen leiblichen und Adoptiveltern nicht mit einem allzu grossen Ermessensspielraum zu überfordern. Die nun geltende Formulierung führt aber indirekt auch zu einer vornehmlich am Kindeswohl orientierten Praxis (vgl. ZVW 1978 Nr. 19 und 20, 1980 S. 56, BGE 104 II 66). Denn wenn sich ein Elternteil (objektiv) nicht ernstlich um das Kind gekümmert hat, hat er zu ihm auch kaum eine innere Beziehung entfaltet. Ein Absehen von der Zustimmung entspricht daher in solchen Fällen regelmässig dem Kindeswohl, weil die in Aussicht stehende Adoption ihrerseits im Interesse des Kindes liegen wird (Art. 264 ZGB). Das Gesetz räumt hier dem Kindeswohl wegen (verschuldeter oder unverschuldeter) Vernachlässigung der Elternpflichten den Vorrang vor dem Persönlichkeitsrecht des betreffenden Elternteils ein. (Vgl. zur heiklen Untersuchung der Beziehungen zwischen Eltern und Kind Hegnauer in SJZ 1976, 206.)

²⁰⁵ Bis zum 1.1.1978 war hiefür die Regierung des *Heimatkantons* zuständig. Die Zuständigkeit des Wohnsitzkantons ist heute angesichts der Mobilität der Bevölkerung zweckmässiger, vgl. BBl 1974 II 93.

willigen. Das Gesetz geht also davon aus, dass grundsätzlich jedermann den ihm von Gesetzes wegen zustehenden Namen zu tragen hat²⁰⁶. Eine Aenderung des Namens kommt nur in Frage, wenn "wichtige Gründe" dies rechtfertigen. Schon früh haben Lehre und Praxis²⁰⁷ einen wichtigen Grund für eine Namensänderung darin erblickt, dass der Familienname eines Kindes nicht mit demjenigen seiner psychologischen Eltern identisch ist. Allerdings müssen sich letztere mit der Namensänderung einverstanden erklären, das Pflegeverhältnis muss von dauernder Natur sein und im Interesse des Kindes liegen und es darf keine Möglichkeit bestehen, die Anpassung auf andere Weise (zum Beispiel durch Adoption oder Heirat) vorzunehmen²⁰⁸. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so wird also das Kindeswohl als wichtiger Grund für eine Namensänderung akzeptiert.

β) Der Kasuistik des Bundesgerichts sind folgende Fälle zu entnehmen:

- In BGE 70 I 216 ff. wurde die Namensänderung eines Kindes gutgeheissen, welches von Geburt an bei seinem ausserehelichen Vater aufwuchs. Das Bundesgericht begründete diesen Entscheid im wesentlichen damit, dass das Kindesinteresse entscheidend sei, welches in casu gebieterisch die Namensänderung verlange, weil mit dem alten, von dem der Halbgeschwister abweichenden Familiennamen ständig auf die aussereheliche Abstammung hingewiesen würde. Auf anderem Wege (Adoption, Anerkennung mit Standesfolge) konnte in diesem Falle nach dem alten Kindesrecht keine Anpassung vorgenommen werden.
- Verschiedentlich schon hat das Bundesgericht darauf hingewiesen, dass beide Eltern des Kindes (auch ein geschie-

²⁰⁶ Nach BGE 100 II 289 f. kann zum Beispiel der geschiedene Ehemann verlangen, dass seine unter die elterliche Gewalt der Mutter gestellten unmündigen Kinder keinen andern Namen als den seinen führen dürfen, solange die zuständige Behörde nicht aus wichtigen Gründen eine Namensänderung bewilligt hat.

²⁰⁷ vgl. u.a. Egger N 6 zu Art. 30 ZGB; Kollbrunner 33 f., 74; Müller 24 und 67 ff.; ZZW 1934, 153; BGE 70 I 220

²⁰⁸ Zur ungerechtfertigten Preisgabe der letzteren Voraussetzung durch die neueste bundesgerichtliche Rechtsprechung vgl. hinten 89 ff.

dener Ehegatte) vor der Namensänderung anzuhören sind²⁰⁹. Ein Zustimmungsrecht hingegen besteht nicht. In BGE 97 I 623 wurde der Anspruch auf rechtliches Gehör ausdrücklich auf Eltern unmündiger Kinder beschränkt. Mit dem Anhörungsrecht werden die Interessen der Eltern auf Beibehaltung des Familiennamens durch ihre Kinder genügend berücksichtigt; es ist zugleich ein Korrelat zur Beitragspflicht und zum grundsätzlichen Besuchsrecht eines geschiedenen Elternteils. Allfällige Einwände sind nur zu beachten, wenn damit dargetan wird, dass die Namensänderung nicht dem Kindeswohl entspricht oder dass andere Interessen dem des Kindes auf Namensänderung vorzuziehen sind. Der Anspruch des ehelichen Vaters, dass seine Kinder keinen andern Namen als den seinigen tragen²¹⁰, wird durch die Möglichkeit der Namensänderung der Kinder beschränkt; er findet seine Grenze mithin im Kindeswohl.

- In den sehr ähnlich gelagerten Sachverhalten von BGE 95 II 503 ff. und 96 I 425 ff. liess der verheiratete Vater seine Familie im Stich und lebte in der Folge dauernd mit einer andern Frau im Konkubinat, mit welcher er vier Kinder zeugte. Die Kinder wurden unter dem Namen des Vaters bekannt und auch in der Schule unter diesem Namen registriert. Da die Ehefrau trotz dauernder Trennung eine Scheidung ablehnte, konnten Rechtsschein und Rechtslage nur mit einer Namensänderung in Uebereinstimmung gebracht werden²¹¹. In beiden Fällen wehrten sich die Ehefrau und die ehelichen Kinder gegen die Namensänderung. Das Bundesgericht erachtete aber beide Male das dringende Interesse der ausserehelichen Kinder an der rechtlichen Anpassung

²⁰⁹ BGE 70 I 222, 83 I 239, 89 I 156 f. In BGE 97 I 622 schimmerten Zweifel an dieser Rechtsprechung durch, welche aber in BGE 99 Ia 564 wieder bestätigt wurde.

²¹⁰ Zu stark betont wird dieses Recht m.E. in BGE 76 II 342 und 83 I 239.

²¹¹ Ein im Ehebruch gezeugtes Kind konnte nach aArt. 304 ZGB nicht anerkannt werden und somit nicht den Familiennamen des Vaters erhalten (vgl. aArt. 325 Abs. 1 ZGB). Nach neuem Recht ist eine Anerkennung von Ehebruchkindern zwar möglich, Kinder unverheirateter Eltern erhalten aber grundsätzlich den Familiennamen der Mutter (Art. 270 Abs. 2 ZGB, vgl. auch Art. 271 Abs. 3 ZGB).

sung ihres Namens als gewichtiger, zumal die opponierenden Träger des alten Namens durch eine Namensänderung in ihren Interessen nicht ernsthaft verletzt wurden. Nach BGE 96 I 432 sollen die Kinder nicht für die Fehler ihrer Eltern büssen; mit einer Namensänderung soll ihnen wenigstens der Schein der Ehelichkeit verliehen werden. Diese Lösung ist einzig und allein aus Rücksicht auf das Wohl der betroffenen Kinder gerechtfertigt. Sie darf keinesfalls als Gutheissung des Verlassens der Ehefrau, des begangenen Ehebruchs oder des nachfolgenden Konkubinates missverstanden werden, das Bundesgericht wollte nur das Interesse der Kinder schützen.

- In BGE 105 II 247 ff. wurde nun die Namensänderung eines Kindes bewilligt, welches im gemeinsamen Haushalt seiner geschiedenen Mutter und seines anderweitig verheirateten Vaters aufwächst. Die Voraussetzungen, dass beide Elternteile mit der Namensänderung einverstanden sind und in einem voraussichtlich dauerhaften Konkubinatsverhältnis für Pflege und Erziehung des Kindes sorgen, waren gegeben. (Immerhin wären meines Erachtens an der Dauerhaftigkeit der Verbindung gewisse Zweifel angebracht gewesen, vgl. hinten bei Anm. 217.) Nicht erfüllt war das dritte von der bisherigen Lehre und Rechtsprechung aufgestellte Erfordernis, dass eine Heirat der Eltern nicht möglich ist, weil die Ehe des verheirateten Elternteils nicht geschieden werden kann²¹². Denn der Vater hatte gar nicht versucht, sich von seiner Frau scheiden zu lassen, um nach ausgesprochener Scheidung die Mutter zu heiraten und damit seinen Namen auf das Kind zu übertragen. Nach bisheriger bundesgerichtlicher Rechtsprechung hätte jedoch vor der Bewilligung einer Namensänderung vom Vater verlangt werden müssen, dass er sich von seiner Frau zu scheiden versucht. Erst wenn sich eine Scheidung als unmöglich erweist, hätte man als Notlösung zur Wahrung der Kindesinteressen die Namensänderung gutgeheissen.

212 Hegnauer N 33 und 35 zu aArt. 324-327 ZGB; BGE 96 I 429 ff.; vorn 87

Noch weiter ging das Bundesgericht in BGE 105 II 241 ff., wo sogar die Namensänderung eines Kindes nicht verheirateter Eltern bewilligt wurde²¹³. Die verwitwete Mutter lebte in diesem Falle mit dem ledigen Vater in "dauerhaftem" Konkubinat. Einer Heirat stand gesetzlich nichts im Wege; die Eltern zogen diesen Schritt allerdings nicht in Betracht, um nicht auf die Witwenrente der Mutter verzichten zu müssen. Das Bundesgericht schützte die Namensänderung im wesentlichen mit der Begründung, dass das an seiner Herkunft und am Status seiner Eltern unschuldige Kind ein Interesse an der Anpassung seines Familiennamens an den väterlichen habe und dass aus rechtlicher Sicht nichts gegen die Bewilligung einer Namensänderung spreche, sofern das Konkubinatsverhältnis von Dauer sei. Es wäre - so das Bundesgericht - paradox, die Namensänderung eines Kindes lediger, miteinander im Konkubinat lebender Eltern zu verweigern, während das Gesuch im Falle doppelt ehebrecherischer Eltern bewilligt würde, bloss weil diese die Scheidung nicht erzwingen könnten. Schliesslich sei das Interesse des Kindes, den Namen des Vaters zu tragen, in beiden Fällen identisch (BGE 105 II 245).

Das Bundesgericht setzt die beiden Fälle einander zu Unrecht gleich. Denn wenn eine Heirat der im Konkubinat lebenden Eltern nicht möglich ist, weil die Ehe des verheirateten Elternteils nicht geschieden werden kann, ist die Anpassung des Familiennamens des Kindes an denjenigen des Vaters einzig noch durch Namensänderung möglich. Deshalb ist diese letzte Möglichkeit zur Wahrung der Kindesinteressen *aus Rücksicht auf das Kindeswohl* zu bewilligen. Könnten die Eltern jedoch einander ohne weiteres heiraten oder wenigstens durch Scheidung des verheirateten Elternteils den Weg dazu ebnen, so kann das Interesse des Kindes an

²¹³ Die beiden zitierten Entscheidungen bedeuten formell keine Aenderung der Rechtsprechung, weil diese früher auf die Willkürkognition beschränkt war. Gemäss der neuen Fassung von Art. 44 lit. a OG (in Kraft seit 1.1.1978) ist gegen die Verweigerung der Namensänderung die Berufung ans Bundesgericht zulässig (vgl. BGE 105 II 66). Das Bundesgericht kann nunmehr frei prüfen, ob die kantonalen Instanzen ihren Ermessensspielraum nicht überschritten haben.

der Anpassung des Namens auch ohne Namensänderung erfüllt werden. Die Namensänderung wäre in diesem Falle nicht die einzige Möglichkeit, den Kindesinteressen nachzukommen. Es mangelt somit an einem wichtigen Grund im Sinne von Art. 30 Abs. 1 ZGB, welcher wegen des Ausnahmecharakters der Namensänderung im Falle eines Kindes ebenso streng auszulegen ist wie bei einem Erwachsenen²¹⁴. Das Bundesgericht betont immer wieder, seine neue Rechtsprechung sei nicht als Anerkennung oder Billigung des Konkubinats zu interpretieren²¹⁵, es gehe einzig um die Wahrung der Kindesinteressen. Bei solcher Ueberlegung kann es jedoch nicht stören, wenn im Falle eines ehebrecherischen Konkubinats die Namensänderung des Kindes bewilligt und beim moralisch weniger verwerflichen Konkubinat unverheirateter Eltern verweigert wird. Es geht nämlich auch beim ehebrecherischen Konkubinat keineswegs um dessen Billigung, sondern einzig um die Wahrung des Kindeswohls. Nur die Kindesinteressen rechtfertigen auch die Unterscheidung: sie werden durch die Verweigerung der Namensänderung nicht verletzt, solange die Anpassung des Namens auch durch Heirat erreicht werden kann. Erst wo eine Heirat der Eltern nicht möglich ist, drängt sich die Namensänderung als Notlösung zur Wahrung der Kindesinteressen auf²¹⁶. - Im übrigen ist zu bezweifeln, ob das Interesse des Kindes am Erwerb des väterlichen Familiennamens tatsächlich in beiden Fällen identisch ist. Häufig wird nämlich die Bin-

²¹⁴ A.M. BGE 105 II 244 und 249. Der besonderen Situation des Kindes wird ja gerade damit Rechnung getragen, dass das Kindesinteresse dann als wichtiger Grund akzeptiert wird, wenn ihm nur noch mit einer Namensänderung entsprochen werden kann. Vgl. auch Guinand in ZZW 1980, 389.

²¹⁵ Trotzdem kann nicht verleugnet werden, dass mit dieser grosszügigen Namensänderungspraxis letztlich doch das Konkubinat auf Kosten der Ehe begünstigt wird. Zur Kritik der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Konkubinatsverhältnissen vgl. Hausheer, ZBJV 116 (1980) 99 ff.; interessant in diesem Zusammenhang auch BGE 106 II 1 ff. und 106 V 58 ff. sowie neuestens 107 II 297 und insbesondere 107 II 289.

²¹⁶ Wo eine Heirat möglich ist, hängt also die Wahrung der Kindesinteressen allein vom Handeln der Eltern ab. Dies ist keineswegs stossend, sind doch die Eltern (bzw. der Inhaber der elterlichen Gewalt) auch im gesamten Bereich von Pflege und Erziehung primär für die Wahrung des Kindeswohls zuständig (vgl. Art. 301 ZGB).

dung der Eltern im ehebrecherischen Konkubinat dauerhafter sein, da jene Eltern meist gerne heiraten möchten, aber nicht können. Wo der Heirat jedoch gesetzlich nichts im Wege steht und die Eltern dennoch aus moralischen, ideologischen, finanziellen oder sonstigen Gründen darauf verzichten und auf einer losen Bindung bestehen, dürfte die Wahrscheinlichkeit der plötzlichen Trennung von Vater und Mutter ungleich grösser sein²¹⁷. Angesichts dieser unsicheren Situation wird das Interesse des Kindes an einer Namensänderung im Konkubinat ohne Ehehindernisse meist geringer sein. Denn nach Auflösung des Konkubinats wäre ihm mit dem väterlichen Familiennamen unter der Obhut der Mutter ein neues Hindernis in den Weg gestellt, welches nur mit einer erneuten Namensänderung beseitigt werden könnte.

Das Bundesgericht behauptet, diese neue Rechtsprechung widerspreche nicht Art. 270 Abs. 2 ZGB, wonach das Kind nicht miteinander verheirateter Eltern den Familiennamen der Mutter erhalte. Auch aus der Botschaft des Bundesrates zum neuen Kindesrecht gehe eindeutig hervor, dass eine Namensänderung dann zu bewilligen sei, wenn das Kind ausnahmsweise *nicht bei seiner Mutter* aufwachse und um so engere Beziehungen zum Vater unterhalte²¹⁸. Mit diesem Hinweis wäre die Antwort bereits gegeben gewesen: wächst das Kind in der Obhut seiner Mutter auf, so kommt eine Namensänderung grundsätzlich nicht in Frage, auch wenn der Vater mit der Mutter im Konkubinat lebt. Eine Ausnahme ist nur bei einem Konkubinatsverhältnis gerechtfertigt,

²¹⁷ In Konkubinatsverhältnissen, bei denen eine Ehe zwar möglich, aber nicht gewollt ist, finden sich mindestens 60 % aller Eltern mit einer geschädigten Persönlichkeitsstruktur, während das Konkubinat mit Ehehindernis oft ein vollwertiges Familienleben bietet, vgl. Jorio 163 f. und nun auch Mangold in ZZW 50 (1982) 65 f.

²¹⁸ BGE 105 II 246 Erw. 2 und 252 Erw. 6; BB1 1974 II 50. Das Bundesgericht verweist auch auf den vom Bundesrat vorgeschlagenen Art. 30 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB (BB1 1974 II 133), welcher aber eine Namensänderung gerade nur dann vorsah, wenn das Kind einen andern Namen trägt als *der Elternteil*, bei dem es aufwächst. Grundsätzlich nicht vorgesehen war damit eine Namensänderung in den Fällen, in denen das Kind in der Gemeinschaft *beider* Elternteile aufwächst.

bei dem eine Heirat aus gesetzlichem Grunde²¹⁹ nicht möglich ist, weil dort die Kindesinteressen nicht anders gewahrt werden können. Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung bedeutet deshalb sogar einen Rückschritt, weil damit der neu ins Gesetz aufgenommene Grundsatz von Art. 270 Abs. 2 ZGB zum Teil preisgegeben wird. Bei genauerer Prüfung der Botschaft des Bundesrates und der übrigen Materialien zum neuen Kindesrecht²²⁰ hätte das Bundesgericht in den beiden zitierten Entscheidungen zur gegenteiligen Auffassung gelangen und eine Namensänderung ablehnen müssen.

- In BGE 96 I 431/432 bemerkt das Bundesgericht, dass das eheliche Kind, welches bei der wiederverheirateten Mutter lebt, in der Regel nicht durch Namensänderung den Familiennamen des Stiefvaters annehmen könne, weil es dadurch

219 M.E. muss für die Bewilligung einer Namensänderung ein gesetzliches Ehehindernis bestehen. Ein bloss psychologisches oder moralisches Ehehindernis genügt in der Regel nicht, weil in jenen Fällen die Dauer der Verbindung häufiger in Frage gestellt ist und somit eine Namensänderung nicht im Interesse des Kindes liegt.

220 Beispiele aus den Materialien:

- α) ProtExpK 1309 f., Votum Schnyder: Der wichtige Grund für eine Namensänderung ist nur dann gegeben, wenn eine Anpassung des Kindesnamens durch Heirat der Eltern rechtlich nicht möglich ist.
- β) ProtExpK 1356, Votum Hegnauer: Voraussetzung einer Namensänderung ist "eine Aufwuchsgemeinschaft von Vater und Kind, *im wesentlichen ohne die Mutter*. Es geht also nicht darum, das Konkubinat mit familienrechtlichen Wirkungen auszugestalten."
- γ) In den parlamentarischen Kommissionen und in den beiden Räten selbst wurde in der Diskussion um Art. 271 Abs. 3 und 30 Abs. 2 ZGB der Fall des Konkubinats ohne Ehehindernisse gar nicht erwähnt. Es ist aber kaum anzunehmen, dass eines dieser Gremien in solchen Fällen eine Namensänderung befürwortet hätte, wurde doch auch die gemeinsame elterliche Gewalt der im Konkubinat lebenden Eltern generell und mit Entschiedenheit abgelehnt, um die Ehe und das Kindeswohl zu schützen (StenBull NR 1975, 1780 ff. - Antrag der Minderheit I). Vgl. im übrigen Prot. SRK 88 ff., 246, 336 f.; StenBull StR 1975, 121 und 1976, 85; Prot. NRK 64, 261; StenBull NR 1975, 1761 f. und 1976, 424.
- δ) BBl 1974 II 51: "Dagegen ist der Fall in der Regel nicht gegeben, wenn die Eltern im Konkubinat leben."
- ε) BBl 1974 II 93: Für die Rechtfertigung einer Namensänderung gemäss Art. 30 Abs. 2 Ziff. 3 des Entwurfes wird in Fussnote 336 auf die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung und auf den Berner Kommentar N 33-35 zu aArt. 324-327 ZGB verwiesen. Beim Konkubinat ohne Ehehindernis soll also keine Namensänderung erfolgen.

vom Familienblut getrennt würde. Ohne Namensänderung erscheine es zwar als unehelich, könne aber ohne weiteres jederzeit das Gegenteil beweisen. Auch diese Auffassung rechtfertigt sich nicht. Es ist nicht einzusehen, weshalb für das eheliche Kind in der Stiefvaterfamilie bei der Namensänderung andere Massstäbe gelten sollten als für das uneheliche in einer Pflegefamilie. Die Aenderung ist auch hier zu bewilligen, wenn sie dem Kindesinteresse entspricht und wenn sich eine Anpassung des Namens auf keine andere Weise bewerkstelligen lässt²²¹. Eine Namensänderung ist aber selbstverständlich nur dann nötig, wenn das Kindeswohl diesen Schritt verlangt, insbesondere wenn das Kind durch seinen von demjenigen der Aufwuchsfamilie verschiedenen Namen im täglichen Leben benachteiligt wird; die Wiederverheiratung der Mutter allein ist noch kein hinreichender Grund für eine Namensänderung. Auch gilt es zu beachten, dass dem Kind mit einer Namensänderung nur gedient ist, wenn die Ehe von Mutter und Stiefvater voraussichtlich dauerhaft sein wird²²².

Mit BGE 99 Ia 564 ff. hat nun das Bundesgericht seinen früheren Entscheid im Sinne dieser Ueberlegungen relativiert und zutreffend festgestellt, dass auch Scheidungskinder nicht für ihre besondere Lage verantwortlich seien und Anspruch auf Schutz vor den sich daraus ergebenden Nachteilen hätten²²³.

γ) Ausnahmsweise kann die elterliche Gewalt auch auf den ausser-ehelichen Vater übertragen werden (Art. 298 Abs. 2 ZGB, vorn 50 ff.). In diesen Fällen wird eine Aenderung des Namens in

²²¹ Insbesondere ist die Möglichkeit der Stiefkindadoption ins Auge zu fassen. Da hiefür aber grundsätzlich die Zustimmung des geschiedenen Vaters erforderlich ist (für Ausnahmen vgl. Art. 265c ZGB), wird die Adoption häufig an seinem Veto scheitern. Durch die Adoption erhielt das Kind den Familiennamen des Stiefvaters, Art. 267 Abs. 1 ZGB (BGE 105 II 67).

²²² vgl. Müller 68

²²³ Allerdings führten die Kinder in BGE 99 Ia 564 ff. schon seit mehreren Jahren den Familiennamen ihres Stiefvaters. Aber auch wenn die Kinder noch den alten Namen tragen, ist eine Aenderung zu bewilligen, wenn die genannten Voraussetzungen hiefür gegeben sind.

denjenigen des Vaters dann im Interesse des Kindes liegen, wenn es auch beim Vater aufwächst (vgl. Art. 271 Abs. 3 ZGB).

- δ) Wächst ein Kind also dauernd bei (genetischen oder psychologischen) Eltern mit einem andern Familiennamen auf und entstehen ihm daraus gewichtige Nachteile, so ist die Namensänderung des Kindes dann zu bewilligen, wenn eine Anpassung seines Namens auf keine andere Art (Heirat, eventuell Adoption) möglich ist und beide Elternteile damit einverstanden sind. Für die Bewilligung oder Verweigerung der Namensänderung ist einzig das Kindesinteresse bzw. das Kindeswohl²²⁴ massgebend. Der Kindeswohlbegriff ist in diesem Zusammenhang ein beschränkter: es geht hier in erster Linie um das *geistig-soziale Wohl* des Kindes. Bei der Untersuchung des Kindeswohls ist abzuklären, welche sozialen Vorteile das Kind durch eine Namensänderung erlangen wird bzw. welche Nach- und allenfalls auch Vorteile durch eine Verweigerung der Namensänderung entstehen. Bringt die in Frage stehende Namensänderung dem Kind in der Gesellschaft²²⁵ gewisse Vorteile²²⁶, so wird sich das natürlich auch positiv auf sein geistiges Wohl auswirken.

b) Erwerb des Schweizer Bürgerrechts

Vom Kindeswohl ist gelegentlich auch im Zusammenhang mit dem Erwerb des Schweizer Bürgerrechts die Rede. So vertrat zum Beispiel Hegnauer schon verschiedentlich die Auffassung, dass die Voraussetzungen des Erwerbs des Schweizer Bürgerrechts im Zweifel zugunsten des Kindes auszulegen seien, weil die Wahrung des Kindeswohls zu einer eigentlichen Maxime des Unmün-

²²⁴ zu den einzelnen Begriffen vgl. hinten 120/121

²²⁵ Für die betreffende Person allein ist der Name in der Regel wertneutral (Ausnahmen bilden z.B. besonders anstössige oder auch besonders vornehme oder adelige Namen). Die primäre Funktion des Namens besteht in der gesellschaftlichen Identifikation.

²²⁶ Scheidungskindern zum Beispiel wird es nach Erhalt des Familiennamens des Stiefvaters oft leichter fallen, sich an die neuen Verhältnisse zu gewöhnen. Unterschiedliche Namen in derselben Familie können in verschiedensten Situationen hinderliche Fingerzeige auf eine Scheidung der Eltern oder auf uneheliche Abstammung sein, und zwar unbesehen der Tatsache, dass die Kinder selbst ja an diesen Verhältnissen am wenigsten schuld sind.

digenrechts geworden sei²²⁷.

Wenn in diesem Zusammenhang vom Kindeswohl die Rede ist, so handelt es sich dabei stets nur um einen beschränkten Kindeswohlbegriff. Gemeint ist nämlich nur das Interesse des Kindes, Schweizer Bürger zu werden und die damit verbundenen Vorteile zu erlangen. Der Erwerb des Schweizer Bürgerrechts wird regelmässig im wohlverstandenen Interesse des Kindes liegen. Denn in den hier zur Diskussion stehenden Fällen der Art. 5 Abs. 1 lit. a, Art. 20, Art. 27 und Art. 28 BÜG kann das Kind stets das Bürgerrecht seiner Mutter erwerben, wodurch eine allfällige spätere Trennung von Mutter und Kind aufgrund der Staatsangehörigkeit ausgeschlossen wird. In den genannten Fällen sind die Kinder auch regelmässig mit der Schweiz verbunden, da der schweizerische Wohnsitz Voraussetzung ist. Der Erwerb des Schweizer Bürgerrechts bringt ihnen deshalb noch weitere Vorteile wie Niederlassungsfreiheit, politische Rechte, diplomatischen Schutz und vor allem auch die Möglichkeit zur Begründung eines schweizerischen Gerichtsstandes für die Klage auf Feststellung und Anfechtung des Kindesverhältnisses (Art. 8d Abs. 2 und 3 NAG)²²⁸.

D. Das Kindeswohl im Jugendstrafrecht²²⁹

In der jugendstrafrechtlichen Literatur ist der Ausdruck "Kindeswohl" kaum anzutreffen, im Jugendstrafrecht des StGB (Art. 82 ff.) kommt er überhaupt nicht vor. Der Grund liegt wohl darin, dass die Kinder bzw. Jugendlichen bereits auf eine schiefe Bahn geraten sind, wenn sie einmal mit dem Jugendstrafrecht in Konflikt geraten und dass in dieser Situation der Ausdruck "Kindeswohl" oft allzu beschönigend klingen mag. Dennoch spielt das Kindeswohl auch im Jugendstrafrecht eine

²²⁷ Hegnauer in ZBl 79 (1978) 385 ff. (dazu BGE 105 Ib 49 ff. und 145 ff.), ZBl 80 (1979) 64 ff. oder ZBl 79 (1978) 486 ff. (davon abweichend BGE 105 Ib 65 ff. und 226 f. sowie ZZW 47/1979, 4 ff.)

²²⁸ vgl. Hegnauer, ZBl 79 (1978) 489

²²⁹ Auch gewisse Bestimmungen des Erwachsenenstrafrechts wirken sich zum Schutze gefährdeter Kinder aus, vgl. etwa Art. 134 (Misshandlung und Vernachlässigung eines Kindes), Art. 135 (Ueberanstrengung von Kindern) oder Art. 136 StGB (Verabreichen geistiger Getränke an Kinder).

wichtige Rolle. Wenn der Begriff allgemein einfach als Hinweis auf das "Beste für das Kind in einer gegebenen Situation"²³⁰ verstanden wird, dann fällt es auch im Jugendstrafrecht gar nicht mehr so schwer, von der Verwirklichung des Kindeswohls zu sprechen. Das Kindeswohl erweist sich eben als ein in jeder Beziehung relativer Begriff, es kann weder für einen bestimmten Sachverhalt noch für eine bestimmte Person oder Personengruppe allgemein festgestellt werden.

Im Jugendstrafrecht ist die richterliche bzw. die Vollzugsbehörde nicht gezwungen, zwischen zwei oder mehreren für das Kind schädlichen Alternativen zu wählen. Im Gegenteil, es ist nach sorgfältigsten Abklärungen die für den jungen Delinquenten beste und geeignetste Sanktion zu suchen. Wie bereits der Bundesrat in seiner Botschaft zur Revision des Jugendstrafrechts ausgeführt hat, sollte das Strafrecht gegenüber Minderjährigen ausschliesslich erziehend wirken²³¹. Das Jugendstrafrecht als ausgesprochenes Täterstrafrecht will auf den jugendlichen Delinquenten spezialpräventiv einwirken, seine Zielsetzung ist der Rechtsgüterschutz durch Erziehung und Fürsorge²³². Stieger stellt - allerdings wohl etwas zu optimistisch - fest, dass der Resozialisierungsgedanke das Vergeltungsdenken im Jugendstrafrecht heute schon völlig verdrängt habe²³³. (Das Jugendstrafrecht ist kein reines Fürsorgerecht, sondern immerhin ein *Strafrecht*, welches Strafvollzug, Strafregistereintrag usw. kennt!) Die Ausrichtung der Sanktion auf das Kindeswohl, auf das jeweils Beste für den jugendlichen Delinquenten also²³⁴, liegt in seinem und im Interesse der ganzen Gesellschaft. Denn bloss tatvergeltende Strafen würden sich auf die weitere Entwicklung des Jugendlichen hemmend oder gar schädigend auswirken²³⁵.

Das schweizerische Jugendstrafrecht strebt eine Individuali-

²³⁰ vgl. hinten 122/123

²³¹ BBl 1965 I 561 ff.; zur Divergenz von Theorie und Praxis vgl. Gürtler 21

²³² Gürtler 21 ff., Hug 3 und 8 f., BGE 94 IV 58 f.

²³³ Stieger 72

²³⁴ Die Fällung einer Strafe ist nicht von vornherein als Erziehungsmassnahme abzulehnen.

²³⁵ Hug 3 mit weiteren Zitaten

sierung der Sanktion an und ist damit geeignet, bei korrekter Anwendung Wesentliches zur Verwirklichung des Kindeswohls beizutragen. Von grösster Bedeutung ist dabei die im Gesetz vorgesehene (Art. 83 bzw. 90 StGB), möglichst gründlich vorzunehmende Erforschung der persönlichen Eigenart des Täters sowie seiner Erziehung und Lebensverhältnisse. Der Jurist wird dabei im wesentlichen auf die Beurteilung von Sozialwissenschaftlern (Pädagogen, Psychologen, Psychiatern usw.) angewiesen sein. Es sind aufgrund der Erkenntnisse dieser Untersuchung nur Massnahmen anzuordnen, die dem Kind bzw. Jugendlichen in seiner Entwicklung weiterhelfen, die also erzieherisch und fürsorgerisch gerechtfertigt sind. Auf die Verhängung von Strafen ist zu verzichten, wenn das erzieherische Ziel voraussichtlich auch mit Massnahmen allein erreicht werden kann. Das Kindeswohl gebietet generell eine Zurückhaltung beim Fällen von Strafen²³⁶, weil diese oft nur Vergeltungscharakter haben und damit gerade das Gegenteil des anzustrebenden Zieles erreicht wird. Eine Bestrafung ist nur dann gerechtfertigt, wenn sich davon aufgrund der psychologischen Untersuchung des jugendlichen Delinquenten ein Erziehungserfolg erwarten lässt. Auch die Art und der Umfang der Strafe sollten sich nach psychologischen Erkenntnissen bemessen²³⁷. Das schweizerische Jugendstrafrecht ist in seiner heutigen Fassung geeignet, das Wohl der jugendlichen Straftäter zu wahren, sofern das Gesetz entsprechend angewendet wird. Denn nirgends ist im Jugendstrafrecht die Anwendung bestimmter Massnahmen oder die Fällung von Strafen zwingend vorgesehen. Das Gesetz ist sehr flexibel gestaltet und bietet damit die Gelegenheit der Individualisierung der Sanktionen. Allerdings stellt dies enorme Anforderungen an die urteilenden Behörden

²³⁶ Bei Kindern (7-15 Jahre) sind nur Disziplinarstrafen wie Verweis, Verpflichtung zur Arbeitsleistung oder Schularrest möglich (Art. 87 StGB). Busse und Einschiessung sieht das Gesetz erst für Jugendliche (15-18 Jahre) vor (Art. 95 StGB).

²³⁷ In jeder Hinsicht höchst fragwürdig ist die Möglichkeit der Einschiessung, sofern diese Strafe für längere Zeit verhängt wird. Art. 95 Ziff. 1 StGB sieht für Jugendliche als Höchstmass sogar 12 Monate (!) Einschiessung vor, was sich mit dem Gedanken des erzieherischen und fürsorgerischen Täterstrafrechts m.E. kaum vereinbaren lässt. Vgl. auch Quambusch 66 f.

und verlangt Einfühlungsvermögen und Fachkenntnis der beratenden Experten. Denn der der Sanktion vorausgehenden Abklärung der Person des Täters kommt entscheidende Bedeutung zu. Es gilt dabei nämlich, die Zusammenhänge und Hintergründe der Tat genauestens zu erforschen und hernach an ihren Wurzeln zu bekämpfen. Auch der Vollzug der angeordneten Massnahmen und allfälligen Strafen wird nicht einfach sein, ist doch einer Erziehung auch unter normalen Umständen nicht immer gleich ein Erfolg beschieden.

Der Begriff des Kindeswohls hat im Jugendstrafrecht, sofern man ihn hier überhaupt verwenden will, eine eigene Bedeutung. Gemeint ist damit das objektive Interesse des jungen Delinquenten, von der schiefen Bahn wieder auf vernünftige Wege zurückgeführt und nötignefalls in die Gesellschaft reintegriert zu werden. In Anbetracht seines Alters wird dies mit Erziehungshilfen oder andern geeigneten Massnahmen, eventuell auch mit mahnenden Strafen zu bewerkstelligen sein. Das Wohl des jungen Täters wird gewahrt, wenn die für seinen Fall geeigneten Massnahmen getroffen werden, um ihm die Resozialisierung zu erleichtern. Die urteilenden Behörden im Jugendstrafprozess dürfen sich nicht etwa mit der für den Jugendlichen am wenigsten schädlichen Unterbringungsform begnügen²³⁸; eine Unterbringung des Täters ist nur zu verfügen, wenn damit die erzieherischen und fürsorgerischen Ziele voraussichtlich erreicht werden können. Die Anordnung muss also dem Wohl des Kindes dienen²³⁹.

E. Der Kindeswohlbegriff im IPR

- a) Das materielle Kindesrecht ist in den letzten Jahren nicht nur in der Schweiz, sondern in fast allen west- und osteuro-

²³⁸ a.M. offenbar Goldstein, Jenseits 55 und 142 (Anm. 67)

²³⁹ Es ist nicht einzusehen, weshalb im Jugendstrafrecht nicht vom Kindeswohl die Rede sein sollte (a.M. Goldstein, Jenseits 56). Denn der Ausdruck ist in seiner Relativität weder unbrauchbar noch zu hochtragend und gerade im Jugendstrafrecht geeigneter als die "am wenigsten schädliche Alternative". Eine schädliche Alternative ist im Jugendstrafrecht von vornherein abzulehnen.

päischen Staaten gründlich revidiert worden²⁴⁰. Gemeinsame Zielvorstellungen waren dabei die Besserstellung des ausser-ehelichen Kindes²⁴¹, die Integration des Wahlkindes in die Adoptionsfamilie sowie die Verbesserung des staatlichen Kindesschutzes. Diese Reformen brachten also tiefgreifende soziale Veränderungen mit sich, von denen sich die meisten nach dem Leitmotiv des Kindeswohls richten²⁴². Solche umwälzende Neuerungen können am kollisionsrechtlichen Kindesrecht nicht spurlos vorbeigehen. Um Unstimmigkeiten und Schwierigkeiten zu vermeiden, muss das IPR im Sinne der Reformen des materiellen Rechts angepasst werden²⁴³; auch der Gesetzgeber im IPR wird sich also an der Maxime des Kindeswohls orientieren müssen. Allerdings darf das IPR nicht zu stark dem Konzept und der Systematik des eigenen materiellen Rechts verhaftet sein, da die ausländischen Kindesrechte inhaltlich und systematisch oft beträchtliche Differenzen aufweisen²⁴⁴.

- b) Vom Kindeswohl ist im IPR eher selten die Rede, in der kollisionsrechtlichen Terminologie spricht man vielmehr vom Kindesinteresse²⁴⁵. Das IPR ist an sich geeignet, dem Kindeswohl auf verschiedene Arten zu dienen. Allerdings weist Knoepfler²⁴⁶ darauf hin, dass nach klassischem IPR weder Zuständigkeit noch anwendbares Recht vom gewünschten Resultat oder vom Interesse einer Partei abhängig gemacht werden dürfen, den Kindesinteressen könne infolgedessen nicht mehr und nicht weniger Bedeutung als den Interessen der übrigen Beteiligten zukommen. An der Gleichwertigkeit aller am Rechtsverhältnis beteiligten Personen ist zwar im IPR grundsätzlich festzuhalten. Damit

²⁴⁰ Vgl. die Zusammenstellung im Schlussbericht 141.

²⁴¹ Am konsequentesten war in dieser Hinsicht die schweizerische Reform von 1976, bei der sogar die diskriminierenden Ausdrücke "ehelich" und "ausserelich" ausgemerzt wurden (vgl. Overbeck 362).

²⁴² vgl. Overbeck 362, Schlussbericht 141

²⁴³ Deshalb wurde bei den beiden Kindesrechtsnovellen in der Schweiz jeweils auch das NAG teilweise revidiert (vgl. Art. 8a-8e NAG). In Italien, Oesterreich und der BRD erfolgte mit den Kindesrechtsnovellen nicht zugleich eine Anpassung des Kollisionsrechts, was zu erheblichen Schwierigkeiten führte (vgl. Overbeck 363 mit weiteren Zitaten).

²⁴⁴ Overbeck 380, Schlussbericht 144

²⁴⁵ zu den Begriffen vgl. hinten 120/121

²⁴⁶ Knoepfler 467, 485

aber die Interessen des Kindes als der regelmässig schwächeren Partei genügend gewahrt werden können, drängt sich eine Bevorzugung der Kindesinteressen geradezu auf, um eine gewisse Chancengleichheit herzustellen²⁴⁷. Denn das Kind ist zum Beispiel im Gegensatz zu seinen Eltern kaum imstande, durch Veränderung des Wohnsitzes oder des gewöhnlichen Aufenthalts die Anwendung eines ihm günstigen Rechts herbeizuführen. Solche Benachteiligung kann ausgeglichen werden, indem das Kollisionsrecht das Kindeswohl als Ersatz für den rechtlich noch nicht relevanten Willen des Kindes (vgl. hinten 135) bis zu einem gewissen Grade schützt. Dies lässt sich vor allem mit grosszügigen und flexiblen Normen erreichen, welche keine Partei generell bevorzugen, im Bedarfsfall oder im Zweifel jedoch dem Richter erlauben, zugunsten des Kindeswohls zu entscheiden²⁴⁸. Oft können sodann Kindesinteressen gleichzeitig mit den Interessen anderer Beteiligter berücksichtigt werden. So sieht zum Beispiel Art. 68 Abs. 1 des Entwurfs für ein IPR-Gesetz vor, dass sich die Entstehung des Kindesverhältnisses in erster Linie nach dem Wohnsitzrecht der Eltern richtet²⁴⁹. Diese Bestimmung nimmt auf den ersten Blick nur auf die Interessen der Eltern Rücksicht. Tatsächlich aber entspricht diese Lösung auch dem Interesse des Kindes daran, dass seine Rechtsstellung vom Recht am Wohnsitz seiner Eltern gewährt oder zumindest anerkannt wird²⁵⁰. Das grundsätzliche Abstellen auf das Wohnsitzrecht der Eltern entspricht also

²⁴⁷ Der Grundsatz der Gleichwertigkeit aller an einem Rechtsverhältnis Beteiligten wird in neuerer Zeit immer häufiger durchbrochen. So begünstigt z.B. der Entwurf für ein neues schweizerisches IPR-Gesetz auch im Schuldrecht besonders schutzbedürftige Parteien mit speziellen Anknüpfungen und Zuständigkeitsbestimmungen (vgl. Art. 122 oder 113).

²⁴⁸ Beispiel: In Art. 8e NAG wird der massgebende Zeitpunkt für die Bestimmung des anwendbaren Rechts nicht geregelt. Der Richter darf den sich daraus ergebenden Ermessensspielraum benützen, um gegebenenfalls das Kindesinteresse zu berücksichtigen. (In Art. 69 Abs. 1 des Entwurfs wird nun der massgebende Zeitpunkt allgemein festgelegt. Absatz 2 sieht jedoch u.a. dann eine Ausnahme vor, wenn das Kindesinteresse die Anknüpfung an das Recht des Wohnsitzes, des gewöhnlichen Aufenthalts oder des Heimatstaats verlangt.) - Vgl. Overbeck, ZfRV 18 (1978) 94.

²⁴⁹ Art. 8e NAG geht von derselben Basis aus, huldigt aber mit seiner Kaskadenanknüpfung noch stark dem Heimatprinzip (vgl. Ziffer 2).

²⁵⁰ Schlussbericht 148 f.

indirekt eher dem Kindeswohl als die Anwendung des Wohnsitzrechts des Kindes, wie dies Overbeck²⁵¹ erwogen hat.

Es ist auch schon versucht worden, zur Wahrung des Kindeswohls einfach auf das für das Kind günstigste Recht zu verweisen²⁵². Diese Lösung ist aber unpraktikabel, weil häufig weder allgemein noch in bezug auf eine konkrete Frage beurteilt werden kann, welches Recht für das Kind das günstigere ist. Der Richter wird zudem oft versucht sein, die eigene Rechtsordnung als die beste zu betrachten, so dass mit dieser Lösung das Heimwärtsstreben gefördert würde. Realistischer wäre eine Art Kaskadenanknüpfung, wie sie zum Beispiel in den Haager Unterhalts-Vollstreckungsübereinkommen von 1958 und 1973 vorgesehen ist: grundsätzlich wird an das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes angeknüpft. Erhält das Kind nach diesem Recht keine Alimente, so kann der Richter auf sein Heimatrecht und bei weiterem "Misserfolg" auf die lex fori greifen²⁵³. Dem Kind werden damit mehrere Chancen eingeräumt.

Schliesslich könnte das Wohl des Kindes durch häufige Intervention mit dem *ordre public* wirksam geschützt werden²⁵⁴. Der *ordre public* ist jedoch eine Notbremse, von der entsprechend zurückhaltend Gebrauch gemacht werden muss. Denn er kommt regelmässig einer Desavouierung des ausländischen Staates oder zumindest seiner Rechtsordnung und Wertvorstellungen gleich und provoziert deshalb nicht selten internationale Spannungen und Revanchen. Ausserdem birgt er stets die Gefahr der Aushöhlung des IPR in sich; letztlich könnte man nämlich gleich das ganze Kindesrecht der lex fori unterstellen. Das Bundesgericht ist deshalb in familienrechtlichen Fragen mit der Anrufung der Vorbehaltsklausel zu Recht sehr zurückhaltend²⁵⁵. Immerhin hat es in BGE 86 II 333 f. festgestellt, dass ein

²⁵¹ Overbeck in ZfRV 18 (1978) 95

²⁵² So ein Gesetzesentwurf der Benelux-Staaten aus dem Jahre 1951 (zit. bei Overbeck 328) oder - zwar nur subsidiär - Art. 21 des österreichischen IPR-Gesetzes.

²⁵³ vgl. Overbeck 369

²⁵⁴ vgl. Knoepfler 470 f.

²⁵⁵ vgl. Frank Vischer, Der *ordre public* im Familienrecht, ZZW 37 (1969) 324 ff.; BGE 77 II 118

ausländisches Urteil über die Aenderung des Scheidungsurteils (Aenderung der Kinderzuteilung) gegen die öffentliche Ordnung der Schweiz verstosse, wenn es die Lebensumstände und Bedürfnisse des Kindes in keiner Weise berücksichtige. Ausländische Urteile, die in grober Weise das Kindeswohl verletzen oder gefährden, sind also nach dieser zu begrüssenden Rechtsprechung unvereinbar mit dem ordre public der Schweiz²⁵⁶. Nach Vischer ist auch das Kindeswohl als Voraussetzung der Adoption zum ordre public zu rechnen²⁵⁷, d.h. im Ausland vollzogene Adoptionen sind dann in der Schweiz nicht anzuerkennen, wenn sie offensichtlich dem Kindeswohl widersprechen. Die Wahrung des Kindeswohls als règle d'ordre public ist also nicht von vornherein abzulehnen. Allerdings geht es nicht an, mit der Vorbehaltsklausel ausländische Rechtsordnungen bei jeder Gelegenheit zu "korrigieren" bzw. möglichst oft das eigene Recht zur Anwendung zu bringen; der Vorbehalt des ordre public darf nur bei krasser Missachtung oder Gefährdung des Kindeswohls angebracht werden.

c) Nach Overbeck²⁵⁸ zeichnen sich drei grundlegende Tendenzen des internationalen Kindesrechts ab, welche alle auf eine möglichst weitgehende Wahrung der Kindesinteressen hinzielen:

- Modifikation und Diversifikation der Anknüpfungspunkte
- Anknüpfungen an das für das Kind günstigste Recht
- Verschiebung des Schwergewichts von den Fragen des anwendbaren Rechts auf die Fragen der Zuständigkeit

²⁵⁶ Diese Entscheidung ist nicht unwidersprochen geblieben. Vischer (ZZW 1969, 328) wirft dem Bundesgericht vor, den ordre public als pseudojuristische Rechtfertigung zur Herbeiführung eines gewünschten Resultates verwendet zu haben. Dieser Vorwurf wird meines Erachtens zu Unrecht erhoben. Man könnte sich höchstens fragen, ob der Entscheid auch in rechtspolitischer Hinsicht gerechtfertigt war. Von einem "Missbrauch des ordre public-Vorbehalts" (Vischer, a.a.O. 331) kann jedoch nicht die Rede sein. In BGE 96 I 391 wird das Kindeswohl als Entscheidungskriterium bei der Abänderung der Gewaltverhältnisse nach Art. 157 ZGB bezeichnet als "une de ces règles fondamentales de l'ordre juridique suisse à l'encontre de laquelle il serait impossible d'aller sans heurter le sentiment du droit en Suisse". In diesem Sinne auch ZR 1968 Nr. 117 S. 352.

²⁵⁷ Vischer 623 (schon vor der Revision des Adoptionsrechts!)

²⁵⁸ Overbeck 365 ff.

Diese Tendenzen sind auch im schweizerischen Entwurf für ein IPR-Gesetz festzustellen; bereits im den Kindesrechtsnovellen angepassten NAG (Art. 8a-8c für das Adoptionsrecht, Art. 8d und 8e für die Revision von 1976) sind sie teilweise zu erkennen.

Die Modifikation der Anknüpfungspunkte ist bereits mit den erwähnten Anpassungen des NAG erfolgt, indem vom bisher ausschliesslich geltenden Heimatprinzip (aArt. 8 NAG) zum Vorrang des Wohnsitzprinzips (Art. 8a, 8d und 8e NAG) gewechselt wurde. Die Zuständigkeit der Instanzen am Domizil entspricht eher dem Kindeswohl, denn das Kind hat alles Interesse daran, dass die Adoption durch eine Behörde ausgesprochen wird, die auch eine gründliche Abklärung der Verhältnisse vornehmen kann bzw. dass für die Frage der Entstehung des Kindesverhältnisses sein Wohnsitzstaat zuständig ist. Der Kodifikationsentwurf schliesst sich diesem Trend an (vgl. zum Beispiel Art. 74) und baut ihn im Sinne der internationalen Entwicklung aus, indem der gewöhnliche Aufenthalt zunehmend an die Stelle des Wohnsitzes tritt (vgl. u.a. Art. 66, 68, 71, 78, 81). Auch die im Entwurf feststellbare Tendenz zu alternativen Anknüpfungen²⁵⁹ entspricht dem Kindeswohl, indem sich dadurch mehrere Chancen eröffnen, ein für das Kind günstiges Recht zu finden²⁶⁰.

Was den Trend zur Anknüpfung an das für das Kind günstigste Recht betrifft, haben NAG und Entwurf zu Recht auf solche unpraktikable Normen verzichtet.

Auch die Tendenz zur Verschiebung des Schwergewichts von den Fragen des anwendbaren Rechts auf die Fragen der Zuständigkeit zeichnet sich bereits im NAG ab, indem in Art. 8a-8e die beiden Probleme im Unterschied zu aArt. 8 NAG separat gelöst werden. Der Kodifikationsentwurf hält nun konsequent an der Dreiteilung in Zuständigkeit, anwendbares Recht und Anerken-

²⁵⁹ Vgl. etwa die in mehrfacher Hinsicht alternative Regelung in Art. 66. Zur Gefahr der Konkurrenz solcher Anknüpfungen vgl. Overbeck 379 f.

²⁶⁰ Overbeck 376, 379; Schlussbericht 146. Overbeck (380) wirft die Frage auf, ob der Entwurf mit seinen flexiblen Lösungen in gewisser Hinsicht nicht zu large sei.

nung ausländischer Entscheidungen fest, wobei durch eine grosszügige Regelung der Zuständigkeit der Zugang zur schweizerischen Gerichtsbarkeit im Vergleich zum revidierten NAG noch vermehrt begünstigt wird. Damit ist den Kindesinteressen zweifellos gedient, denn bei den Fragen der Innehabung der elterlichen Gewalt, der Vormundschaft, allfälliger Schutzmassnahmen usw. steht nicht das anwendbare Recht, sondern die Zuständigkeit im Vordergrund. Eine gut informierte Behörde (also vornehmlich diejenige am Wohnsitz oder am gewöhnlichen Aufenthalt) muss in solchen Fällen rasch handeln können²⁶¹.

- d) Welches ist nun der Inhalt des Kindeswohls im IPR bzw. was ist im IPR unter den Kindesinteressen zu verstehen? - Das IPR regelt die Fragen der Zuständigkeit, des anwendbaren Rechts und der Anerkennung von Entscheidungen für den Fall der Kollision zweier oder mehrerer Rechtsordnungen, und zwar für den ganzen Bereich des Privatrechts. Demzufolge ist der Kindeswohlbegriff im IPR sehr vielgestaltig, je nach der gegebenen Fragestellung kann das Kind ein anderes Interesse haben.

Primär geht es im IPR natürlich um das *rechtliche Wohl* des Kindes; d.h. die Interessen des Kindes bestehen darin, dass ihm das Kollisionsrecht eine möglichst günstige Rechtsordnung zuweist bzw. zunächst möglichst grosszügig Zugang zu den Gerichten verschafft und Entscheidungen ausländischer Gerichte anerkennt. Die beiden letzten Forderungen kann das IPR weitgehend erfüllen, die Entwicklung der meisten IPR-Gesetzgebungen (auch der schweizerische Kodifikationsentwurf) tendieren in diese Richtung. Eher unrealistisch hingegen ist eine allgemeine Verweisung auf das für das Kind günstigste Recht. Denn abgesehen von einer unzumutbaren Rechtsunsicherheit wäre der Richter in vielen Fällen vor eine unlösbare Aufgabe gestellt. Denn wie sollte er zum Beispiel herausfinden, ob dasjenige Recht günstiger ist, welches relativ hohe Alimente bis zum 18. Altersjahr erlaubt oder jenes Recht, welches bescheidendere Leistungen bis zum 25. Altersjahr vorsieht²⁶²? Im IPR ist

²⁶¹ Overbeck 369

²⁶² Beispiel bei Overbeck 369

es zweckmässiger, wenn der Gesetzgeber dem Richter die Entscheidung, welche Anknüpfung dem Kindeswohl dient, mit für das Kind günstigen Kollisionsnormen weitgehend vorwegnimmt^{263, 264}. Dies ist im IPR eher als in andern Rechtsgebieten gerechtfertigt, weil es hier vorab um die rechtlichen Interessen des Kindes geht und der individuelle Charakter und die Eigenart des Kindes höchstens eine untergeordnete Rolle spielen. Ausserdem sind zu unbestimmte Kollisionsregeln schon aus Gründen der Rechtssicherheit abzulehnen. Dem Richter bleibt natürlich die Aufgabe, seinen Ermessensspielraum zugunsten der Kindesinteressen auszuschöpfen. Allerdings darf er nicht der ständigen Versuchung nachgeben, ein aus seiner Sicht wünschenswertes materiellrechtliches Resultat auf Kosten kollisionsrechtlicher Gesichtspunkte herbeizuführen; er muss sich vielmehr korrekt ans IPR halten und danach auch das anwendbare Recht pflichtgemäss applizieren. Vom Vorbehalt des *ordre public* darf aus den genannten Gründen nur bei völliger Missachtung der zur öffentlichen Ordnung der Schweiz gehörenden Kindeswohlmaxime Gebrauch gemacht werden.

F. Sozialversicherungsrecht

Im Sozialversicherungsrecht bietet die Begriffsbestimmung keine Schwierigkeiten: es geht hier regelmässig nur um das wirtschaftliche (finanzielle) Wohlergehen des Kindes, da das Sozialversicherungsrecht einzig die materielle Fürsorge zum Zwecke hat. Schon die blosser Möglichkeit von Versicherungsleistungen zugunsten von Kindern entspricht deren Interessen; je höher dann die einzelnen Kinderrenten bzw. Zusatzrenten für Kinder bemessen werden, desto besser wird das hier mass-

²⁶³ Zum Beispiel durch eine das Kind begünstigende Kaskadenanknüpfung (vgl. vorn bei Anm. 253).

²⁶⁴ Im schweizerischen IPR ist die inhaltliche Bestimmung des Kindeswohls schon im revidierten NAG und nun erst recht im detaillierten Kodifikationsentwurf weitgehend richterlicher Wertung entzogen. Das Bundesgericht dürfte also spätestens nach Inkrafttreten eines neuen IPR-Gesetzes nicht mehr nach der umstrittenen "result selective method" vorgehen, weil das Gesetz hiezu kaum mehr Raum lassen wird. Zur Kritik an der pragmatischen Rechtsprechung des Bundesgerichts Knoepfler 481.

gebende Kindeswohl gewahrt.

Gemäss Art. 25 und 26 AHVG wird beim Tode des leiblichen Vaters²⁶⁵ die einfache Waisenrente und beim Tode beider Eltern die Vollwaisenrente entrichtet. Der Anspruch erlischt mit der Vollendung des 18. Altersjahrs bzw. für Kinder in Ausbildung mit dem Abschluss der Ausbildung, spätestens jedoch mit dem vollendeten 25. Altersjahr (Art. 25 Abs. 2 AHVG). Ausserdem endet der Anspruch mit der Heirat²⁶⁶ oder mit dem Tod der Waise. Weil diese Renten als Wohltat für die betreffenden Kinder gedacht sind, stellt das Gesetz konsequenterweise weder auf den Status des Kindes noch auf seine biologische Abstammung ab. Es dehnt den Kreis der Begünstigten vielmehr auch auf die Adoptiv-, die Findel- und die Pflegekinder²⁶⁷ aus, womit das psychologische Eltern-Kind-Verhältnis zur eigentlichen Grundlage des Rentenanspruchs wird.

Die Kindesinteressen werden auch an anderer Stelle im AHVG berücksichtigt: nach Art. 22ter erhalten Männer und Frauen, denen eine Altersrente zusteht, für jedes Kind, welches im Falle ihres Todes eine Waisenrente beanspruchen könnte, eine zusätzliche Kinderrente. Damit wird vor allem Eheleuten, die spät Kinder bekommen, mit einem finanziellen Zuschuss deren Pflege und Erziehung erleichtert und somit das materielle Kindeswohl gefördert.

Unter den gleichen Voraussetzungen wie das AHVG sieht auch das IVG in Art. 35 eine Kinderrente als Zusatz zur Invalidenrente vor. Sind beide Elternteile invalid, so besteht ein Anspruch auf eine Doppel-Kinderrente²⁶⁸. Diese Kinderrenten wer-

²⁶⁵ Kinder, deren Mutter gestorben ist und deren Vater noch lebt, haben nur unter den in Art. 48 AHVV (vgl. Art. 25 Abs. 1 Satz 2 AHVG) genannten, stark einschränkenden Voraussetzungen Anspruch auf eine einfache Mutterwaisenrente. Vgl. dazu Maurer 132.

²⁶⁶ vgl. hiezü BGE 97 V 178

²⁶⁷ Vgl. Art. 28 AHVG. Absatz 3 stellt zwar die Pflegekinder nicht direkt den eigenen und adoptierten Kindern gleich. Der Bundesrat hat jedoch von der Ermächtigung Gebrauch gemacht und dies in Art. 49 AHVV nachgeholt. Demnach haben Pflegekinder grundsätzlich Anspruch auf eine Waisenrente, wenn sie unentgeltlich zu dauernder Pflege und Erziehung aufgenommen worden sind. Zu den Voraussetzungen der Unentgeltlichkeit vgl. BGE 98 V 253 f., 103 V 57 f., 104 V 196.

²⁶⁸ Beziehen die Versicherten zur Zeit, da der Anspruch auf die Alters-

den zwar grundsätzlich an die rentenberechtigten Eltern ausgerichtet, ihrem gesetzlichen Zweck entsprechend sind sie aber ausschliesslich für den Unterhalt und die Erziehung des Kindes zu verwenden²⁶⁹. Die Kinderrenten der AHV und IV schaffen somit die wirtschaftliche Basis für eine gedeihliche Entwicklung des Kindes.

Auch im KUVG werden die finanziellen Interessen des Kindes besonders berücksichtigt. Beim Tod des Versicherten (durch Unfall oder Berufskrankheit) wird nämlich neben einer Hinterlassenenrente für die Witwe auch eine solche für die hinterbliebenen Kinder ausgerichtet²⁷⁰. Art. 86 KUVG sieht sogar eine Hinterlassenenrente für Geschwister bis zu ihrem 16. Altersjahr vor, die Witwen- und Kinderrenten geniessen allerdings gegenüber den Ansprüchen der Geschwister des Versicherten Priorität (Art. 87 Abs. 3 KUVG).

Spezielle Kinderrenten kennen natürlich auch die Erwerbssatzordnung (Art. 6 EOG), die Arbeitslosenversicherung (Art. 31 Abs. 2 AlVG) und die Militärversicherung (Art. 31 ff. MVG), wobei stets das psychologische Eltern-Kind-Verhältnis Grundlage des Rentenanspruchs ist. Auch verschiedene weitere staatliche oder private Familienausgleichskassen dienen mit Kinderzulagen dem wirtschaftlichen Familienschutz und damit letztlich auch dem materiellen Wohl des Kindes²⁷¹.

Das Sozialversicherungsrecht ist also geeignet, einen Beitrag zur Wahrung des Wohls derjenigen Kinder zu leisten, deren psychologische Eltern infolge Alters, Invalidität oder Unfalls für die Kosten von Unterhalt und Erziehung nicht allein aufkommen könnten. Waisen- und Kinderrenten tragen zur Schaffung einer soliden materiellen Basis bei, welche letztlich auch eine der Voraussetzungen für die Verwirklichung des geistigen Kindeswohls bildet. Die Kindesinteressen werden dabei vor al-

rente entsteht, Doppel-Kinderrenten der IV, so werden ihnen diese weiterhin gewährt, solange die Voraussetzungen für eine Kinderrente gegeben sind (vgl. Art. 22ter Abs. 2 AHVG).

²⁶⁹ ZAK 1965, 53; BGE 103 V 134

²⁷⁰ Art. 85 KUVG. Pflegekindern gewährt das KUVG diese Rente erst seit der Revision von 1973 (vgl. nun Absatz 2).

²⁷¹ vgl. z.B. Art. 9 FLG und dazu BGE 101 V 215 ff.; Zünd 118

lem in den einschlägigen Gesetzen berücksichtigt; sie können ausserdem bei der Rechtsanwendung durch eine grosszügige Auslegungspraxis zugunsten des Kindes effizient wahrgenommen werden.

3. Die Inhaber der elterlichen Gewalt als Adressaten

A. Das Kindeswohl bei der Ausübung der elterlichen Gewalt

Bisher wurden ausschliesslich Fälle erwähnt, in denen das Recht staatlichen Behörden (Scheidungsrichtern, Vormundschaftsbehörden, Adoptionsbehörden, Jugendstrafrichtern usw.) die Wahrung des Kindeswohls vorschreibt. Dabei stand regelmässig nur der für die jeweilige Frage massgebende Teilaspekt des Kindeswohls im Vordergrund.

Anders verhält es sich, wenn die Inhaber der elterlichen Gewalt Adressaten des Gebots der Wahrung des Kindeswohls sind: hier wird der Kindeswohlbegriff in seiner *umfassendsten Bedeutung* verwendet. Wenn also Art. 301 Abs. 1 ZGB allgemein vorschreibt, dass die Eltern Pflege und Erziehung stets "im Blick auf das Wohl des Kindes" zu leiten hätten, so haben die Eltern bei der Ausübung ihrer Gewalt das Kindeswohl *in jeder Hinsicht* zu beachten und so weit als möglich (d.h. ihren Verhältnissen entsprechend, vgl. Art. 302 Abs. 1 ZGB) zu verwirklichen. Für den Bereich der Erziehung erwähnt Art. 302 Abs. 1 ZGB ausdrücklich die Förderung und den Schutz der körperlichen, geistigen und sittlichen Entfaltung; darüber hinaus müssen die Eltern aber auch bestrebt sein, für das rechtliche, soziale und wirtschaftliche Wohlergehen des Kindes bestmöglich zu sorgen. Das ZGB diktiert den Eltern seiner liberalen Grundhaltung entsprechend weder Erziehungsmethode noch Erziehungsziel²⁷², es überlässt ihnen innerhalb der Schranken der elterlichen Gewalt die Wahl des Leitbildes der Erziehung²⁷³. Allerdings stellt das Gesetz das Kindeswohl als Richtlinie für Pflege und Er-

²⁷² Anders der totalitäre Staat, wo das Erziehungsziel regelmässig durch Gesetze und Direktiven vorgezeichnet wird. Vgl. z.B. § 42 des Familiengesetzbuches der DDR, vorn 47.

²⁷³ Hegnauer N 22 zu aArt. 275 ZGB

ziehung auf und umreisst damit den Rahmen der Ausübung der elterlichen Gewalt. Dem Elternrecht steht das Kindesrecht gegenüber; die elterliche Gewalt hat in ihrer Fremdnützigkeit ausschliesslich dem Wohl des Kindes zu dienen. Der Schutz der Familienintimität und der elterlichen Gewalt vor Eingriffen des Staates findet seine Grenze am Kindeswohl und an der Persönlichkeit und Menschenwürde des Kindes^{274, 275}.

Die elterliche Gewalt umschliesst die gesamte Rechtssphäre des Kindes, soweit das Gesetz sie nicht ausdrücklich ganz oder teilweise ausnimmt. Sie besteht in der Befugnis und Pflicht zu allen Entscheidungen und Massnahmen, derer das Kind zur sinnvollen Entfaltung seiner Persönlichkeit bedarf, die es aber wegen seiner Unreife überhaupt nicht oder nicht allein treffen kann²⁷⁶. Dementsprechend vielgestaltig ist der Kindeswohlbegriff im Zusammenhang mit der Ausübung der elterlichen Gewalt. Wenn in Art. 301 ZGB vom Kindeswohl die Rede ist, so kann je nach den gegebenen Umständen nur das körperliche (z.B. bei Fragen der Pflege) oder geistige Wohl (z.B. bei einer Züchtigung durch seelischen Zwang), nur das finanzielle (z.B. bei der Verwaltung und Nutzung des Kindesvermögens) oder soziale Wohl (z.B. bei der Erteilung des Vornamens²⁷⁷) oder auch nur das rechtliche Wohlergehen des Kindes (z.B. bei Fragen der Vertretung) gemeint sein. In den meisten Fällen wird eine Kombination dieser Teilaspekte relevant sein,

²⁷⁴ Lechleiter 118; Hegnauer N 19 ff. zu aArt. 273 ZGB; Goldstein, Before 59 ff., 72 ff., 91 ff.

²⁷⁵ Um den endlich auch im Recht erfolgenden "Uebergang von der Elternbestimmtheit des Kindes zur Kindbezogenheit der Eltern" (so Mayntz 74) zu manifestieren, wurde im deutschen Recht 1980 der Begriff der "elterlichen Gewalt" ausgemerzt und durch "elterliche Sorge" ersetzt. Allerdings dürfte dieser Ausdruck kaum glücklicher sein, weil er die rechtliche Entscheidungszuständigkeit nicht umfasst (Hegnauer, FS Guldener 144; BBl 1974 II 69). Der schweizerische Gesetzgeber hat deshalb bei der Revision des Kindesrechts mit Recht am Begriff der elterlichen Gewalt festgehalten.

²⁷⁶ Hegnauer N 60 f. zu aArt. 273 ZGB

²⁷⁷ Die Eltern haben das Recht, dem Kind den Vornamen zu geben (Art. 301 Abs. 4 ZGB, bei der Adoption vgl. Art. 267 Abs. 3 ZGB). Allerdings sind "Vornamen, die die Interessen des Kindes oder Dritter offensichtlich verletzen", vom Zivilstandsbeamten zurückzuweisen (Art. 69 Abs. 2 ZStV). Unzulässig sind insbesondere Vornamen, die das Kind im späteren Leben der Lächerlichkeit preisgäben, die also für sein gesellschaftliches Fortkommen hinderlich wären.

so zum Beispiel bei der Bestimmung des Aufenthaltes des Kindes oder bei der Berufswahl. Auf jeden Fall lässt sich der Inhalt des Kindeswohlbegriffs bei der Ausübung der elterlichen Gewalt nur im Einzelfall konkretisieren. Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, Begriffspräzisierungen für alle denkbaren Fallgruppen vorzunehmen.

Die elterliche Gewalt besteht in der Regel von der Geburt bis zum Eintritt der Mündigkeit des Kindes. In dieser ganzen Zeitspanne haben die Eltern seine Pflege und Erziehung nach dem Kindeswohl zu richten. Letztes Ziel der Erziehung ist das Erreichen der Selbständigkeit des Kindes, die elterliche Gewalt wird bei einer angemessenen Erziehung regelmässig schon vor der Mündigkeit überflüssig²⁷⁸. Das Kindeswohl bei der Ausübung der elterlichen Gewalt ist deshalb auch in zeitlicher Hinsicht sehr relativ: die Aufgabe der Eltern ändert sich laufend mit dem Heranwachsen des Kindes. Die Intensität der Erziehung nimmt mit der wachsenden Reife des Kindes ab. Der Kindeswohlbegriff variiert nach dem jeweiligen Entwicklungsstadium des Kindes. Er kann nur im Einzelfall, d.h. im Hinblick auf ein genau umrissenes Problem und mit Rücksicht auf die gegebenen Fakten und auf die Entwicklungsstufe des Kindes präziser umschrieben werden. Wenn zum Beispiel den Eltern das Recht zusteht, ihren Kindern den Verkehr mit bestimmten Drittpersonen zu verbieten, sofern das Kindeswohl dies erfordert²⁷⁹, so hängt der Inhalt des Kindeswohls nicht nur von der Art und Intensität der Beziehung, sondern vor allem auch vom Alter des Kindes und von seinem Entwicklungsstand ab. Nur eine untergeordnete Rolle spielen die allgemeine Verkehrsanschauung und die öffentliche Moral²⁸⁰. Irrelevant für das Kindeswohl im

²⁷⁸ Hegnauer N 8 zu aArt. 273 ZGB

²⁷⁹ vgl. Art. 301 ZGB (insbesondere Abs. 2 und 3), Hegnauer N 106 zu aArt. 273 ZGB

²⁸⁰ Die guten Sitten und die Umgangsregeln werden in der juristischen Literatur häufig zu stark gewichtet, vgl. z.B. Hegnauer N 108 zu aArt. 273 ZGB, ferner die Nachweise bei Kühn 372 und 376. Sie können im Zusammenhang mit einem Umgangsverbot nur relevant sein, wenn sich ihre Missachtung negativ auf das Kindeswohl auswirkt. Wo nicht klares Recht entgegensteht, ist es nicht gerechtfertigt, durch ein Uebermass an Traditionslenkung die soziale Wirklichkeit zu ignorieren. Vgl. auch hinten 130.

Zusammenhang mit einem Umgangsverbot sind schliesslich der Status des Dritten oder die ökonomische Abhängigkeit des Kindes von den Eltern²⁸¹.

B. Kindesschutz

Unter elterlicher Gewalt versteht man gemeinhin das Recht und die Pflicht des Inhabers, das Kind zu ernähren und zu erziehen und "die für seine gedeihliche Entwicklung bis zur Mündigkeit nötigen Entscheidungen und Massnahmen zu treffen"²⁸². Die elterliche Gewalt kann also nicht rechtmässig in eigenütziger Weise ausgeübt werden. Die Persönlichkeitsrechte des Kindes müssen durch die Ausrichtung der elterlichen Gewalt auf das Wohl des Kindes berücksichtigt werden. Das Kindeswohl erscheint somit als Schranke der Gewaltausübung²⁸³.

Erfüllen die Eltern ihre Aufgabe nicht oder nur ungenügend und ergibt sich daraus eine Gefährdung des Kindes, so sind die Voraussetzungen zur Anordnung von geeigneten Kindesschutzmassnahmen zur Wahrung des Kindeswohls gegeben. Unerheblich ist dabei, ob die ungenügende Personensorge auf unverschuldeter Unfähigkeit, bösem Willen oder Unverstand der Eltern beruht, der objektive Tatbestand der Gefährdung des Kindeswohls genügt für eine Intervention. Die Haltung der Eltern spielt einzig bei der Wahl und Ausgestaltung der Massnahme eine Rolle²⁸⁴. Sind die Eltern zu kindgemässer Pflege und Erziehung unfähig, so sollen sie mit der öffentlichen und gemeinnützigen Jugendhilfe zusammenarbeiten (vgl. Art. 302 Abs. 3 ZGB), sich also an den freiwilligen Kindesschutz wenden²⁸⁵. Geschieht dies nicht oder hat die Gefährdung des Kindeswohls andere Ursachen, so sind in der Regel zivil-, gelegentlich auch öffentlichrechtliche²⁸⁶ Kindesschutzmassnahmen angezeigt. Die zivil-

²⁸¹ Kühn 372 ff.

²⁸² Hegnauer N 4 zu aArt. 273 ZGB

²⁸³ Hegnauer N 19 zu aArt. 273 ZGB

²⁸⁴ vgl. Art. 307 Abs. 1 und 3 ZGB, Henkel 65; so schon Hegnauer N 100 zu aArt. 283 ZGB mit zahlreichen Zitaten

²⁸⁵ dazu Henkel 46 f., Hegnauer N 8 zu aArt. 283 ZGB

²⁸⁶ Zur Unterscheidung vgl. Hegnauer N 9 ff. zu aArt. 283 ZGB und Henkel 48.

rechtlichen Kindesschutzbestimmungen (Art. 307 ff. ZGB, im folgenden ist nur von ihnen die Rede) gelangen erst zur Anwendung, wenn das Kindeswohl infolge mangelnder Ausübung der elterlichen Gewalt erheblich und eindeutig gefährdet ist²⁸⁷ und die Eltern nicht von sich aus für Abhilfe sorgen oder dazu ausserstande sind (Art. 307 Abs. 1 ZGB). Ausserdem dürfen Kindesschutzmassnahmen nur angeordnet werden, wenn dadurch die Gefährdung des Kindeswohls voraussichtlich behoben werden kann²⁸⁸. Die Funktion der zivilrechtlichen Kindesschutzmassnahmen besteht also in der Ergänzung bzw. Substituierung der ungenügend ausgeübten elterlichen Gewalt, keineswegs jedoch in einer Bestrafung der Eltern.

Der Inhalt des Kindeswohlbegriffs bei Fragen des Kindesschutzes hängt somit nicht von einem Verschulden der Eltern ab. Vielmehr ist auch hier das nach objektiven Gesichtspunkten zu eruiierende Kindeswohl massgebend. Da die Kindesschutzmassnahmen regelmässig dann angeordnet werden, wenn die Eltern ihre Aufgabe ungenügend erfüllen (Komplementärprinzip) und dadurch das Kindeswohl gefährden, ist das Spektrum des Kindeswohlbegriffs hier ebenso breit wie bei der Ausübung der elterlichen Gewalt. Das bedeutet, dass der Begriff auch bezüglich der Massnahmen nach Art. 307 ff. ZGB weder allgemein konkretisiert werden kann noch soll. Die "geeigneten Massnahmen" der Vormundschaftsbehörde können innerhalb des gesamten Geltungsbereichs der elterlichen Gewalt getroffen werden und somit verschiedenster Art sein²⁸⁹. Formell fallen nach Art. 307 ZGB Beratung, Hilfe, Ermahnung, vormundschaftliche Aufsicht oder Weisungen in Betracht. Massivere Eingriffe stellen die Errichtung einer Beistandschaft (Art. 308 ZGB), die Aufhebung der elterlichen Obhut (Art. 310 ZGB) und - als ultima ratio - der Entzug der elterlichen Gewalt nach Art. 311 f. ZGB dar. Materiell können sich die Massnahmen auf einen einzelnen

²⁸⁷ Zum Proportionalitätsprinzip vgl. Henkel 35 ff., Hegnauer N 43 ff. zu Art. 283 ZGB. Die Kindesschutzmassnahmen sind aber nicht nur geeignet, die elterliche Gewalt, sondern nötigenfalls auch den Einfluss von Drittpersonen einzuschränken, vgl. ZVW 1978, 152.

²⁸⁸ Henkel 36

²⁸⁹ Zu den Schranken vgl. Henkel 69 ff.

Aspekt der elterlichen Gewalt oder auf die Gewaltausübung im gesamten beziehen. So können zum Beispiel die Eltern verbindlich angewiesen werden, gemäss Art. 90 Abs. 2 ZGB der Verlobung des Kindes zuzustimmen, wenn die Verweigerung der Zustimmung eine rechtlich relevante Gefährdung des Kindeswohls darstellt²⁹⁰; der Entzug der elterlichen Gewalt bedeutet anderseits stets eine Massnahme, mit der die gesamte Ausübung der Gewalt korrigiert werden soll. Da die Kindesschutzmassnahmen ein derart breites Spektrum von Eingriffen umfassen können, ist es auch hier nicht möglich, den Kindeswohlbegriff für den ganzen Anwendungsbereich allgemein zu präzisieren. Eine Definition des Kindeswohls wäre auch sinnlos, wollte doch der Gesetzgeber mit diesem flexiblen Begriff die Grundlage für den Einzelfall angepasste Interventionen schaffen. Individuelle Anordnungen würden aber durch eine generelle Vorwegnahme der Begriffskonkretisierung weitgehend verunmöglicht. So kann denn an dieser Stelle lediglich festgehalten werden, dass der Kindeswohlbegriff im Zusammenhang mit Kindesschutzmassnahmen in ebenso umfassendem Sinne zu verstehen ist wie derjenige bei der Ausübung der elterlichen Gewalt. Konkretisierungen können nur in bezug auf einen bestimmten Anwendungsfall vorgenommen werden.

III. Allgemeine Konkretisierung des Kindeswohlbegriffs

1. Definition des Kindeswohls?

Der Rundgang durch die wichtigsten Anwendungsgebiete des Kindeswohls im Unmündigenrecht²⁹¹ hat gezeigt, dass in allen Fäl-

²⁹⁰ Henkel 72 (vgl. dort auch die gegenteiligen Auffassungen in Anm. 5). Die Gefährdung dürfte eher selten gegeben sein.

²⁹¹ Die Palette dieser Rechtsgebiete kann kaum abschliessend dargestellt werden, die Zusammenstellung unter II kann jedenfalls keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben. Nicht erwähnt wurden z.B. das Vormundschaftsrecht (Bevormundung nach Art. 368 ZGB, Vertretung des Kindes durch die Eltern gemäss Art. 407 ff. in Verbindung mit Art. 304 Abs. 3 ZGB), das Arbeitsrecht (Art. 344 ff. OR), das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (Art. 92 f., 111, 219 SchKG), die Stipendiengesetzgebung usw. Das Kindeswohl kann grundsätzlich überall im Recht eine Rolle spielen, wo Kinder beteiligt sind; vgl. auch die Beispiele aus dem Giftgesetz und aus dem Planungs- und Baugesetz bei Henkel 49.

len eine Konkretisierung des Kindeswohlbegriffs notwendig ist. Es stellt sich nun noch die Frage, ob sich als Fazit der Ueberlegungen das Kindeswohl in eine kurze, griffige Formel fassen lässt.

Aufgrund der bisherigen Feststellungen hat diese Frage allerdings nur mehr rhetorischen Charakter. Denn wenn sich schon für den Bereich der Ausübung der elterlichen Gewalt eine allgemeingültige Konkretisierung des Kindeswohlbegriffs als unmöglich erwiesen hat²⁹², so erübrigt sich natürlich auch die Suche nach einer brauchbaren Definition für den ganzen Anwendungsbereich der Generalklausel. Dieser Anwendungsbereich ist so gross und vielfältig, dass letztlich jeder Versuch einer Konkretisierung in eine ebenso ungreifbare und regelmässig kompliziertere Formulierung münden wird. Der Kindeswohlbegriff umfasst zu mannigfaltige Aspekte und wird in zu vielen verschiedenen Rechtsgebieten verwendet, als dass er auf einen sinnvollen gemeinsamen Nenner gebracht werden könnte. Es hat sich ja bereits gezeigt, dass eine allgemeingültige Umschreibung des Kindeswohls selbst in bezug auf einzelne Anwendungsgebiete nicht möglich ist; diese müssten hiezu wiederum in unendlich viele Fallgruppen aufgespalten werden, so dass jeder Definitionsversuch unter zunehmender Abstraktion schliesslich im Nichts enden würde²⁹³.

Die deutsche Sprache kennt keinen einfacheren und zutreffenderen Ausdruck, mit welchem der mit dem Kindeswohl ausgedrückte Wert in all den verschiedenen Anwendungsgebieten mindestens so präzise umschrieben werden könnte. Mathematisch ausgedrückt erweist sich das Kindeswohl somit als "kleinstes gemeinschaftliches Vielfaches" aller Gedanken, die damit zum Ausdruck gebracht werden sollen. Die verschiedenen Verwendungsarten und die Meinungspluralität verunmöglichen von vornherein jede vernünftige, allgemeingültige Definition. Dennoch wird immer wieder versucht, die Kindeswohlformel durch pflanzenfertige "Definitionen" in den Griff zu bekommen. Obwohl solche meist verschwommenen Umschreibungen kaum je praktischer

²⁹² vgl. vorn 110 f.

²⁹³ vgl. Danzig, Kindeswohl 5; Gernhuber 231

zu handhaben sind als die Generalklausel des Kindeswohls, sind offenbar nicht wenige Juristen hiefür empfänglich, weil sie entweder eine unbegründete Scheu vor Generalklauseln haben oder aber glauben, mit solchen Definitionen eine Berücksichtigung ausserrechtlicher Disziplinen umgehen zu können. Das Kindeswohl lässt sich jedoch höchstens in bezug auf einzelne Probleme näher konkretisieren. Möglich ist etwa eine positive Umschreibung für gewisse, exakt umrissene Bereiche der kindlichen Existenz. So kann zum Beispiel recht genau umschrieben werden, welche Massnahmen zur Erhaltung der körperlichen Gesundheit eines Kindes in bestimmtem Alter erforderlich sind; das wirtschaftliche Wohl ist regelmässig besser gewahrt, je mehr finanzielle Mittel dem Kinde zur Verfügung stehen usw. Bedeutend schwieriger gestaltet sich hingegen etwa die allgemeine Umschreibung des geistigen Kindeswohls. Hier kann ohne Bezug auf einen konkreten Fall lediglich festgestellt werden, dass eine möglichst harmonische Entwicklung des Kindes anzustreben ist und dass die bestehenden Beziehungen des Kindes zu seinen Eltern oder zu andern Bezugspersonen sowie das kindliche Bedürfnis nach Kontinuität gebührend berücksichtigt werden müssen. Gegebenenfalls ist auch das Aufstellen von Richtlinien angebracht (wie z.B. "grundsätzliche Mutterzuteilung bei Kleinkindern"), welche allerdings im Einzelfall nicht ohne vorherige Prüfung übernommen werden dürfen.

Jeder Versuch einer allgemeingültigen Definition des Kindeswohls ist also von vornherein zum Scheitern verurteilt. Eine solche soll aber auch gar nicht angestrebt werden, hat doch der Gesetzgeber bewusst auf eine Legaldefinition verzichtet und die inhaltliche Bestimmung des Kindeswohls richterlichem Ermessen überlassen²⁹⁴. Die Kindeswohlformel erfüllt ihren Zweck nur solange, als sie nicht durch eine allgemeingültige Definition abgelöst wird. Denn jede positive Umschreibung wird, soll sie einigermassen praktikabel sein, den Kindeswohlbegriff inhaltlich einschränken. Genau das hat aber der Ge-

²⁹⁴ Schon der Gesetzgeber von 1907 hat bewusst keine Regeln zur Konkretisierung des Kindeswohls im Einzelfall aufgestellt. Für den Fall der Kinderzuteilung bei Scheidung etwa wurde dies in StenBull 1905, 633 ausdrücklich festgehalten.

setzgeber vermeiden wollen; nur mit der elastischen Klausel "Kindeswohl" bleibt die Rechtsfigur für möglichst viele Fälle fungibel und kann eine möglichst grosse Individualgerechtigkeit erzielt werden. Ferner ist auch nur durch eine nicht von vornherein definierte Generalklausel eine Anpassung an wandelnde gesellschaftliche und sozialwissenschaftliche Auffassungen, welche gerade im Bereich des Kindeswohls in letzter Zeit besonders häufig festzustellen sind, möglich. Diese Chance muss von der Rechtsanwendung im Kindesrecht genutzt und darf nicht durch eine vorweggenommene Begriffsbestimmung vertan werden; denn nur durch eine richterlichem Beurteilungsermessen anheimgestellte Konkretisierung kann die Kindeswohlformel ihre Funktionen (hinten 135 ff.) erfüllen.

Dadurch, dass die Begriffsbestimmung im Einzelfall letztlich dem Richter überlassen ist, wird nicht etwa der Willkür Tür und Tor geöffnet. Denn der Richter hat bei der Interpretation von unbestimmten Gesetzesbegriffen nur einen beschränkten Ermessensspielraum zur Verfügung²⁹⁵. Seine Auslegung ist grundsätzlich vom Bundesgericht frei überprüfbar, womit der einer Generalklausel innewohnende Nachteil der Rechtsunsicherheit bereits erheblich gemildert wird. Allerdings ist wie bei jeder Generalklausel auch bei der Beurteilung des Kindeswohls eine gewisse Beeinträchtigung der Rechtssicherheit nie ganz auszuschliessen; der Gesetzgeber hat dies jedoch zugunsten einer für den Einzelfall gerechten Lösung in Kauf genommen. Die Gerichtshierarchie bürgt immerhin dafür, dass der Richter bei der Ausübung seines Ermessens nicht zu weit geht. Es ist jedoch bei der Ueberprüfung von Ermessensentscheiden darauf zu achten, dass die Vorteile einer Generalklausel nicht durch allzu starke Beschneidung des richterlichen Beurteilungsspielraums preisgegeben werden dürfen. Zu Recht übt deshalb das Bundesgericht bei Ermessensentscheiden allgemein und zunehmend auch bei der Ueberprüfung der Interpretation von unbestimmten Gesetzesbegriffen Zurückhaltung und schreitet nur ein, wenn die Vorinstanz bei ihrer Entscheidung Umstände be-

²⁹⁵ vgl. dazu vorn 36 f.

rücksichtigt hat, die nach dem Sinne des Gesetzes keine Rolle spielen dürfen, oder wenn sie wesentliche Gesichtspunkte ausser acht gelassen hat²⁹⁶.

Quambusch weist in diesem Zusammenhang auf die Gefahr hin, dass der Kindeswohlbegriff mit einem falschen gesellschaftlichen Vorverständnis ausgefüllt werden könnte²⁹⁷. Diese Gefahr ist in der Tat nicht einfach von der Hand zu weisen und es soll ihr wo immer möglich vorgebeugt werden; doch gilt es dabei gebührend auf die Meinungspluralität Rücksicht zu nehmen. Denn darüber, was im Einzelfall dem Kindeswohl entspricht, können die Auffassungen oftmals und mit guten Gründen auseinandergehen. Dies darf in einem freiheitlichen Staat jedoch noch kein Grund sein, um gleich die ganze Rechtsfigur des Kindeswohls aufzugeben²⁹⁸. Gewisse Unterschiede bei der Interpretation liegen in der Natur der Sache - auch die einschlägigen Erkenntnisse der Sozialwissenschaften sind dauerndem Wandel unterworfen - und müssen in Kauf genommen werden, will man nicht bei der monopolistischen Auslegung des Kindeswohlbegriffs anlangen. Eine solche ist jedoch nur in totalitären Staaten möglich, wo dank einem nach Uniformität strebenden Kollektiv leichter eine allgemeingültige Definition des Kindeswohls gefunden werden kann²⁹⁹.

Eine exakte Definition des Kindeswohls ist also weder möglich noch überhaupt erwünscht. Wer vorgibt, Kindeswohl genau definieren zu können, operiert auf dem Hintergrund einer jeden Zweifel ausklammernden Moral³⁰⁰. Trotzdem kann es sich nicht darum handeln, das Kindeswohl aus der Rechtssprache zu eliminieren, weil es sich als nicht definierbar erweist. Denn "Anspruch auf Definition kann nur eine Jurisprudenz erheben, die ausschliesslich in Begriffen denkt und ihre Begriffsbildung in einem axiomatischen Ableitungssystem bewältigt (besser: zu

²⁹⁶ vgl. BGE 83 II 361, 100 II 81, Bühler/Spühler N 62 zu Art. 156 ZGB
²⁹⁷ Quambusch 15

²⁹⁸ A.M. Mnookin (3 ff.), der aus diesem Grunde die Berechtigung der Kindeswohlformel sehr in Frage stellt.

²⁹⁹ Nur ein totalitärer Staat kann z.B. allgemeingültig definieren, was dem geistigen Wohl der Kinder entspricht. Vgl. dazu vorn 47.

³⁰⁰ Simitis (Goldstein) 105

bewältigen glaubt)"³⁰¹. Dass positive Umschreibungen des Kindeswohls nur programmatischen Wert haben können, sollen stellvertretend für alle Definitionsversuche die beiden folgenden Beispiele illustrieren:

- Nach Grundsatz 2 der UNO-Erklärung der Rechte des Kindes³⁰² ist zur Wahrung des Wohls des Kindes nötig, dass es sich "gesund und natürlich in Freiheit und Würde körperlich, geistig, moralisch, seelisch und sozial" entwickeln kann.
- Hegnauer³⁰³: "Das Kindeswohl ist der Inbegriff der Voraussetzungen, von denen in einer gegebenen Situation die optimale Entwicklung der Persönlichkeit des Kindes abhängt. Sie umfassen alle Aspekte der Persönlichkeit: die affektiven und intellektuellen, die körperlichen und gesundheitlichen, die sozialen und rechtlichen."

Solche Umschreibungen zeigen wohl mit dem Hinweis auf die verschiedenen Aspekte mögliche Inhaltsbestimmungen oder wenigstens die allgemein einzuschlagende Richtung auf, helfen aber bei der Konkretisierung im Einzelfall kaum weiter. Letztlich sind sie nicht greifbarer als die einfache Formel Kindeswohl. Es wird deshalb auch - vor allem im angelsächsischen Recht - versucht, in einzelnen Anwendungsgebieten des Kindeswohls dem Richter durch die Aufstellung einer check list bei der Begriffskonkretisierung zu helfen. Für den Bereich der Kinderzuteilung bei Scheidung etwa wurde eine solche Liste, wie sie in den USA teilweise bereits ins Gesetz Eingang gefunden hat, auch in Grossbritannien gefordert³⁰⁴. Solche Aufstellungen ver-

³⁰¹ Gernhuber 230

³⁰² Deklaration vom 20. November 1959 (Resolution XIV/1386), vgl. hinten 213 f.

³⁰³ Hegnauer N 58 zu Art. 264 ZGB

³⁰⁴ Vgl. George G. Brown, Divorce Reform: Welfare of the Children, New Law Journal 1975, 424/425. Eine solche check list enthält z.B. der Children Custody Act von 1970 von Michigan, Mich.Stat.Ann. 18 § 25 312 (3):

"'Best interests of the child' means the sum total of the following factors to be considered, evaluated and determined by the court:

- (a) The love, affection and other emotional ties existing between the competing parties and the child.
- (b) The capacity and disposition of competing parties to give the child love, affection and guidance and continuation of the educa-

mögen dem Richter jedoch nur den bei der Konkretisierung zu beschreitenden Weg aufzuzeigen, sie haben kaum grössere Bedeutung als die hierzulande von Lehre und Rechtsprechung aufgestellten Konkretisierungsrichtlinien. Denn abgesehen davon, dass sie nur für eine bestimmte Frage und nicht für den gesamten Anwendungsbereich des Kindeswohls Geltung haben, bleibt es in jedem Falle letztlich dem Richter überlassen, wie stark er welchen Aspekt gewichten will und welche zusätzlichen Faktoren im Einzelfall noch zu berücksichtigen sind.

2. Zum Inhalt des Kindeswohls, verwandte Begriffe

Auf eine brauchbare Definition kann also bei der Konkretisierung des Kindeswohlbegriffs nicht zurückgegriffen werden. Es wäre überdies müssig, nach angelsächsischem Vorbild in Teilbereichen nun für den gesamten Anwendungsbereich des Kindeswohls, mithin also für das gesamte Unmündigenrecht eine check list aufzustellen, anhand welcher die Begriffskonkretisierung in jedem Falle vorgenommen werden könnte. Denn die im vorangehenden Abschnitt beschriebenen Schwierigkeiten würden sich dabei vervielfachen. Trotzdem soll im folgenden versucht werden, Natur und Inhalt des Kindeswohlbegriffs anhand verwandter Ausdrücke grob zu charakterisieren und einzelne massgebende Aspekte zu beleuchten.

A. Vielfach-so auch teilweise im Gesetz³⁰⁵ und in der vorliegen-

- ting and raising of the child in its religion or creed, if any.
- (c) The capacity and disposition of competing parties to provide the child with food, clothing, medical care or other material needs.
 - (d) The length of time the child has lived in a stable, satisfactory environment and the desirability of maintaining continuity.
 - (e) The permanence, as a family unit, of the existing or proposed custodial home.
 - (f) The moral fitness of the competing parties.
 - (g) The mental and physical health of the competing parties.
 - (h) The home, school and community record of the child.
 - (i) The reasonable preference of the child, if the court deems the child to be of sufficient age to express preference.
 - (j) Any other factor considered by the court to be relevant to a particular child custody dispute."

³⁰⁵ Vgl. z.B. Art. 288 Abs. 1, 306 Abs. 2 ZGB oder Art. 69 Abs. 2 des Entwurfes für ein IPR-Gesetz. Bisweilen ist auch von den *Bedürfnissen des Kindes* die Rede: Art. 285 Abs. 1 und 286 Abs. 1 ZGB.

den Arbeit - wird der Ausdruck *Kindesinteresse* als Synonym von Kindeswohl verwendet. Zu verstehen ist darunter das objektivierte Interesse des Kindes, d.h. dasjenige Interesse, welches bei vernünftiger Betrachtung langfristig seinem Wohle dient. Das Kindesinteresse ist also mit dem subjektiven Willen des Kindes nicht unbedingt identisch, denn das Kind selbst ist oft nicht der beste Richter für die Beurteilung, was momentan und auf längere Sicht seinem Wohl entspricht³⁰⁶. Allerdings steigt die Bedeutung des Willens proportional zum Alter und zur zunehmenden Einsichtsfähigkeit des Kindes. Je nach der Tragweite und Wichtigkeit der zu entscheidenden Frage bestimmt sich das Wohl des heranreifenden urteilsfähigen Kindes zusehends nach seinem eigenen Willen, bis dann (spätestens mit Eintritt der Mündigkeit) seine eigene Selbstbestimmung vollständig an die Stelle des Kindeswohls tritt. Der Ausdruck "Kindeswohl" hat also gegenüber dem "Kindesinteresse" den Vorteil, dass darin die erforderliche Objektivität bereits enthalten ist. Bei solchem Vorverständnis sind die beiden Begriffe jedoch gleichwertig.

- B. In Anlehnung an den englischen oder französischen Sprachgebrauch (englisch: the best interest of the child, französisch: le bien de l'enfant) wird gelegentlich auch im Deutschen vom "Besten des Kindes" gesprochen³⁰⁷. Solche Uebersetzungen des Kindeswohlbegriffs tragen ebenfalls zu einem besseren Verständnis bei, bringen sie doch die in verschiedenen Anwendungsgebieten nötige Relativierung. Denn es musste bei der Begriffskonkretisierung in Einzelfällen (vorn 48 ff.) verschiedentlich festgestellt werden, dass der deutsche Terminus Kindeswohl zu viel verspricht³⁰⁸. In jenen Fällen wäre es ehrlicher, vom "Besten des Kindes" oder, wie von Goldstein vorgeschlagen, von der "am wenigsten schädlichen Alternative zum

³⁰⁶ Vgl. ProtExpK 1021 (Deschenaux), Kühn 390. Natürlich müssen bei der Beurteilung des Wohles noch nicht urteilsfähiger Kinder dennoch deren Wünsche und Willensäußerungen beachtet und so weit realisiert werden, als sie zum objektivierten Kindeswohl nicht in Widerspruch stehen.

³⁰⁷ Vgl. z.B. die deutsche Uebersetzung der UNO-Erklärung über die Rechte des Kindes (Grundsätze 2 und 7), hinten 213 f.

³⁰⁸ Vgl. etwa bei der Kinderzuteilung (Anm. 142) oder beim Jugendstrafrecht (vorn 96/97).

Schutz von Wachstum und Entwicklung des Kindes" ³⁰⁹ zu sprechen. Diese Bezeichnungen sind nüchterner als das Kindeswohl, da sie die Tatsache berücksichtigen, dass das betreffende Kind oft bereits ein Opfer seiner sozialen oder rechtlichen Umweltbedingungen geworden ist, dass es gefährdet ist und dass schnelles Handeln geboten erscheint, damit weiterer Schaden von seiner gesunden psychischen und physischen Entwicklung abgewendet werden kann. Der optimistische Ausdruck Kindeswohl ist zweifellos als Maxime der Ausübung der elterlichen Gewalt geeignet, er rechtfertigt sich auch bei jenen gerichtlichen Entscheidungen, die davon abhängig gemacht werden, dass das Wohl des Kindes sie erfordert und dass es nicht genügt, wenn die Entscheidung für das Kind einfach die weniger schädliche Alternative darstellt ³¹⁰. Bei einer Kinderzuteilung nach Scheidung kann jedoch das Wohl des Kindes kaum je völlig gewahrt werden, es wird regelmässig durch die Trennung von einem Elternteil beeinträchtigt. Der Scheidungsrichter, welcher über die Zuteilung der elterlichen Gewalt nach dem Kindeswohl entscheiden muss, kann deshalb nur die für das Kind günstigste Lösung wählen. Er wird sich dabei am Ideal des Kindeswohls orientieren, ohne dass er dieses mit seiner Entscheidung erreichen kann.

Die Kindeswohlformel besteht in ihrer kurzen und doch sehr zutreffenden Art. Sie erweist sich auch durchaus als zweckmässig, wenn sie in jenen Fällen, in denen die optimale Situation für das Kind nicht geschaffen werden kann ³¹¹, als Hinweis auf das *Beste für das Kind in der gegebenen Situation* verstan-

³⁰⁹ Goldstein, *Jenseits* 49 ff.

³¹⁰ Dies ist z.B. bei der Adoption der Fall. Jede für das Kind schädliche Lösung ist ferner etwa im Jugendstrafrecht oder beim Entscheid über Namensänderungen oder Bürgerrechtserteilungen abzulehnen. Vgl. dazu auch Lücken 176.

³¹¹ Beim Beispiel des Scheidungsrichters wäre die für das Kind beste Lösung, es in die Obhut seiner beiden sich liebenden Elternteile zu geben, zu denen es dank kontinuierlicher Erziehung enge Beziehungen geknüpft hat, die für sein geistiges und körperliches Wohl sorgen und in deren Familie es in aller Geborgenheit aufwachsen könnte. Diese Situation kann der Scheidungsrichter natürlich nicht herbeizaubern, sondern er muss aus mehreren schlechten Alternativen die für das Kind am wenigsten schädliche wählen.

den wird. Unter dieser Prämisse ist es sehr zu begrüßen, dass der schweizerische Gesetzgeber bei beiden Revisionen im Kindesrecht auf das Kindeswohl Bezug genommen hat. Gewisse Teile des Kindesrechts wurden damit zwar in ihrer Eigenschaft als "Domäne richterlicher Ermessensentscheidungen"³¹² bestätigt, was jedoch im Interesse des Kindes als regelmässig schwächerer Partei durchaus gerechtfertigt war. Die Kindeswohlformel im Sinne des Besten für das Kind in einer gegebenen Situation ist der von Goldstein vorgeschlagenen "am wenigsten schädlichen Alternative..." vorzuziehen, weil jener Ausdruck - abgesehen von der umständlichen Formulierung - ausser acht lässt, dass bei gewissen Anwendungsbereichen des Kindeswohls jede schädliche Alternative abzulehnen ist³¹³. Ausserdem erweist sich eine allgemein resignative Umschreibung wie diejenige von Goldstein als ungerechtfertigt, kann doch das Kindeswohl häufig geschützt oder gar erst hergestellt werden. Ueberdies dürfte sich eine positive Formulierung eher dazu eignen, die rechtsanwendenden Behörden zu einer sorgfältigen Suche nach der für das Kind tatsächlich besten Lösung anzuregen.

C. Der Inhalt des Kindeswohls variiert auch nach dem jeweiligen Adressaten. Wo sich die Behörden nach dem Kindeswohl zu richten haben, ist stets zu verlangen, dass die Entscheidung oder Massnahme im (objektiven) Interesse des Kindes erfolgt; es genügt nicht, wenn das Kindeswohl durch den Entscheid einfach nicht gefährdet wird. Wenn sich hingegen die Eltern bei der Ausübung der elterlichen Gewalt ans Kindeswohl zu halten haben, können nicht dieselben Massstäbe zur Anwendung gelangen. Vielmehr muss im Eltern-Kind-Verhältnis, wo die Kindesinteressen oft mit dem Elternwillen kollidieren (vgl. dazu hinten 138 ff.), genügen, wenn die Eltern das Wohl ihrer Kinder nicht gefährden.

D. Der Kindeswohlbegriff erweist sich also in jeder Beziehung

³¹² Simitis (Goldstein) 100 mit Hinweis auf Hegnauer N 25 ff. zu aArt. 283 ZGB

³¹³ vgl. vorn Anm. 310

als relativ. Es kann nur in einem konkreten Anwendungsfall unter Berücksichtigung aller Umstände bestimmt werden, was dem Besten des Kindes entspricht. Kindeswohl an sich gibt es nicht. "Das Kind steht immer in Beziehung zu seinen Mitmenschen, vor allem zu seinen Eltern und Erziehern, seinen Geschwistern, Kameraden, Verwandten, zu seiner Umwelt. Deshalb gibt es keine abstrakte Grösse, die als Kindeswohl bezeichnet werden kann. Die Lebensverhältnisse eines Kindes werden von derart vielen Faktoren bestimmt, dass nie alle aufgezählt werden können. Jede Situation erfordert ein anderes Kindeswohl."³¹⁴ Hinzu kommen die erwähnten Relativierungen des Begriffs je nach Anwendungsbereich und Adressat.

- E. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass das Kindeswohl einerseits ein deskriptives Element enthält, soweit es die gegenwärtige Lage des Kindes ins Auge fasst. Andererseits enthält es aber auch einen prognostischen Bestandteil, sofern es auf günstige Entwicklungsbedingungen hinweist³¹⁵. An dieser zweiten Komponente liegt es zum Teil, dass die Beurteilung des Kindeswohls in einem konkreten Falle von verschiedenen Experten unterschiedlich ausfallen kann³¹⁶. Denn letztlich bedeutet jede richterliche und sozialwissenschaftliche Erkenntnis darüber, was im Moment und künftig dem Kindeswohl entspricht, einen Wahrscheinlichkeitsschluss in die Zukunft, welcher allerdings durch Sachverständigengutachten ein Stück weit abgesichert werden kann. Zum andern Teil liegt die Ursache unterschiedlicher Beurteilung des Kindeswohls in demselben Fall in der Tatsache, dass bei aller gebotenen Objektivität und trotz der Ueberprüfbarkeit von Ermessensentscheiden die richterliche Wertung und Gewichtung der Faktoren eine wesentliche Rolle spielt.

3. Vorwegnahme der Konkretisierung durch den Gesetzgeber

In einigen Fällen hat der Gesetzgeber mit seiner Regelung die

³¹⁴ Ernst Bichsel im Jahresbericht des Bezirksjugendsekretariats Andelfingen 1979, 14

³¹⁵ Lücken 176

³¹⁶ Vgl. die beiden Beispiele bei Mnookin 3.

Konkretisierung des Kindeswohls bereits vorweggenommen. Im Bereiche solcher Bestimmungen erübrigt sich für die rechtsanwendende Behörde jede weitere Untersuchung des Kindeswohls, da der Gesetzgeber schon zwingend und allgemein geregelt hat, was dem Kindeswohl entspricht.

Ein Beispiel für eine solche Vorwegnahme ist die Bestellung eines Beistandes für die Feststellung der Vaterschaft des Kindes einer unverheirateten Frau gemäss Art. 309 ZGB. Der Beistand muss nach dieser Bestimmung in erster Linie für die Wahrung der Kindesinteressen sorgen. Er darf deshalb von der Mutter weder abgelehnt noch gewählt werden, weil dadurch die Kindesinteressen arg verletzt werden könnten³¹⁷. Das Kind ist zwar der elterlichen Gewalt seiner Mutter ausgeliefert; es soll aber bezüglich der Feststellung der Vaterschaft vor den Interessen der Mutter geschützt werden, weshalb ihr obligatorisch und allenfalls auch gegen ihren Willen ein Beistand zur Verfolgung dieses Kindesinteresses bestellt wird. Ein Ermessen steht dem Beistand in bezug auf die Frage, *ob* die Vaterschaft zu regeln sei, nicht zu. Nach der verbindlichen Präsumtion des Gesetzgebers liegt nämlich die Feststellung des Kindesverhältnisses zum Vater im Interesse des Kindes. Die Erhebung der Vaterschaftsklage kann deshalb nicht davon abhängig gemacht werden, ob die Feststellung des Kindesverhältnisses zum Vater dem Kindeswohl entspricht. Auch wenn der Vater eine höchst zwielichtige Persönlichkeitsstruktur aufweist, muss der Beistand für die Feststellung des Kindesverhältnisses besorgt sein, da der Gesetzgeber die Wertung, was dem Kindeswohl dient, bereits vorweggenommen hat³¹⁸. Ganz ähnlich liegt übrigens auch den Art. 252 Abs. 1 bzw. 255 Abs. 1 ZGB die Vermutung zugrunde, dass die Begründung des Kindesverhältnisses zur Mutter bzw. zum Ehemann im Interesse des Kindes liegt.

³¹⁷ Vgl. Prot. SRK 282 f. (Hegnauer). Zur Problematik bei Art. 309 ZGB vgl. nun auch Hegnauer in ZVW 37 (1982) 45 sowie BGE 107 II 312.

³¹⁸ Hegnauer, ZVW 34 (1979) 101 f. und 35 (1980) 18 f.
Die Feststellung der Vaterschaft kann allerdings unter Umständen dadurch verhindert werden, dass die Mutter den Namen des Vaters nicht preisgibt.

4. Anzuwendender Massstab bei der Konkretisierung des Kindeswohls

Wo die Eltern Adressaten des Kindeswohls sind, also bei der Ausübung der elterlichen Gewalt, bestimmen sie kraft ihres Elternrechts in einem grösseren Spielraum weitgehend autonom, was dem Wohl ihrer Kinder entspricht. Die selbständige Interpretation des Kindeswohlbegriffs durch die Eltern ist ein Ausfluss ihrer Erziehungsfreiheit (vgl. hinten 138 ff.). Sie wird allerdings dann durch Richter oder Verwaltungsbehörde überprüfbar, wenn durch die Gestaltung der Erziehung das Kindeswohl gefährdet wird und allenfalls Kindesschutzmassnahmen in Frage kommen. Erst in diesem sowie in den übrigen Fällen der Konkretisierung des Kindeswohls durch die Behörden stellt sich die Frage, welche Massstäbe hiefür gelten sollen.

A. Phasen der Interpretation des Kindeswohls

- a) Spätestens seit der Kodifikation des Familienrechts im ZGB ist das Kindeswohl der schweizerischen Rechtsordnung nicht mehr gleichgültig. Denn bereits der Gesetzgeber von 1907 hat "die Wahrung des Wohles der Kinder in der Regelung aller es berührenden Verhältnisse zum unbedingten Gebot gemacht"³¹⁹. Die Wahrung der Kindesinteressen wurde schon damals zu den fundamentalen rechtlichen Grundsätzen gezählt, auch wenn dieser Gedanke bei der Schaffung des ZGB bei weitem nicht so stark hervorgehoben wurde wie anlässlich der beiden bisherigen Revisionen des Kindesrechts. Dies mag um so mehr erstaunen, als das alte Kindesrecht mit seiner Ueberbewertung der Elterninteressen und vor allem mit seiner fundamentalen Trennung in eheliche und aussereheliche Kindesverhältnisse aus heutiger Sicht kaum oder nur sehr beschränkt der Wahrung der Kindesinteressen dienen konnte. Da man aber früher offenbar anderer Ansicht war, liegt der Schluss nahe, dass das Kindeswohl auch aus dem Verständnis der jeweiligen Zeit heraus verschieden interpretiert wird, dass es also ein in jeder Hinsicht geschichtliches Rechtsprinzip ist³²⁰. Allerdings liegt

³¹⁹ Liver Einleitung N 102

³²⁰ Zur Geschichtlichkeit einer solchen Generalklausel vgl. Llompert 1 ff. und 72 ff.

der Grund der unterschiedlichen Beurteilung nicht nur in fortschreitenden wissenschaftlichen Erkenntnissen oder veränderten Anschauungen, an welche gerade mit der Kindeswohlformel eine flexible Anpassung ermöglicht werden soll. Sondern das veränderte Verständnis ist zu einem gewissen Teil auch auf die *Art* der Interpretation zurückzuführen, welche sich im Schritt mit der Entwicklung der sozialen Stellung des Kindes grundlegend gewandelt hat.

- b) Solange die väterliche bzw. elterliche Gewalt über das Kind als eigennütziges Recht angesehen wurde³²¹, war die Interpretation der Kindesinteressen in allen Belangen unantastbares Vorrecht der Eltern. Der Staat hatte nur die Aufgabe, das elterliche Interpretationsmonopol zu sichern und Fremdeinflüsse abzuwehren. Eine Kollision von Eltern- und Kindesinteressen konnte es bei diesem Verständnis des Kindeswohls gar nicht geben³²².
- c) Im Zuge der gesellschaftlichen Entwicklungen um die letzte Jahrhundertwende wurde die väterliche Autorität zusehends gelockert. Den Eltern verblieb zwar nach wie vor das Privileg zu bestimmen, was unter Kindesinteressen verstanden werden muss. Allerdings wurde ihr Befund zusehends zur gerichtlich überprüfbaren Stellungnahme. Der Staat nahm in gewissen Bereichen allmählich die Kindeswohlentscheidung für sich in Anspruch³²³. Im Vergleich zur Situation vor dem 20. Jahrhundert haben also die Verfasser des ZGB das Kindeswohl in der Tat merklich aufgewertet, indem die Exklusivität elterlicher Interpretation aufgehoben wurde.
- d) Die Art der Interpretation des Kindeswohls hat sich bis heute nochmals grundlegend gewandelt. Im Rahmen der Ausübung der elterlichen Gewalt ist zwar die Bestimmung, was unter Kindesinteressen zu verstehen ist, nach wie vor Sache der Eltern geblieben. Ihr Ermessensspielraum ist dabei immer noch sehr

³²¹ vgl. dazu hinten 141 ff.

³²² Simitis (Goldstein) 102

³²³ vgl. Erichsen 12 ff., Simitis (Goldstein) 103

weit, er reicht bis an die Grenze des Missbrauchs. Immerhin können nun aber elterliche Entscheidungen grundsätzlich überprüft werden, um sie bei Missbrauch der Gewalt durch eine staatliche Massnahme zu substituieren. Wo immer eine solche "Verstaatlichung der Kindeswohlentscheidung"³²⁴ stattfindet, ist auch die Art der Interpretation eine andere als früher: die Gerichte sehen allmählich ein, dass sie in den meisten Fällen mit einer autonomen Interpretation überfordert sind, dass die inhaltliche Bestimmung des den Sozialwissenschaften entlehnten Ausdrucks "Kindeswohl" oft ohne Zuhilfenahme jener Wissenszweige nicht in befriedigender Weise möglich ist. Wo die Kindeswohlentscheidung also den rechtsanwendenden staatlichen Behörden übertragen ist, sind diese hiefür zwar letztlich allein zuständig und verantwortlich, müssen sich aber in der Regel sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse bedienen. Das Kindeswohl und die Stellung des Kindes als Rechtssubjekt erfahren damit eine massive Aufwertung, weil die Interpretation des Ausdrucks des Öftern den hiefür kompetenten Fachleuten übertragen wird. Die Art der Auslegung wird dadurch einerseits in gewissem Masse objektiviert, während andererseits auf diese Weise den subjektiven Bedürfnissen des Kindes, insbesondere seiner Persönlichkeit und entsprechend dem Alter auch seinem Willen, Rechnung getragen wird.

B. Anzuwendender Massstab heute, Bedeutung der Sozialwissenschaften

- a) Der Kindeswohlbegriff entstammt ursprünglich nicht der Rechtsprache. Er beurteilt sich demzufolge auch - mit Ausnahme derjenigen Fälle, in denen es einzig um das rechtliche Wohlergehen des Kindes geht - vorwiegend nach ausserrechtlichen Gesichtspunkten. Wo immer der Ausdruck Kindeswohl zu konkretisieren ist, muss die Entscheidung nach objektiven Kriterien gefällt werden. Im Mittelpunkt der Auslegung stehen dabei die

³²⁴ Der Ausdruck stammt von Erichsen. Er ist nicht gerade glücklich gewählt, weil damit oft unwillkürlich die Art der Verstaatlichung des Kindeswohls assoziiert wird, wie sie in totalitären Staaten vorkommt. Gemeint ist jedoch in diesem Zusammenhang die Verrechtlichung und die Justiziabilität des Kindeswohlbegriffs.

Erkenntnisse der Sozialwissenschaften, die in der Gesellschaft allgemein anerkannten Verhaltensmuster und Anschauungen sowie bisherige Rechtsprechung und juristische Doktrin. Es bleibt im folgenden zu untersuchen, ob einem dieser Kriterien eine Vorrangstellung einzuräumen ist.

- b) Der Gesetzgeber orientiert sich bei der Aufstellung von Normen spätestens seit Savigny an den allgemeinen, im Volk verankerten Wertmassstäben und am Geist der jeweiligen Zeit. So ist es denn nicht verwunderlich, dass im Zuge der sozialen und sozialwissenschaftlichen Entwicklungen in diesem Jahrhundert bei der Gesetzgebung im Familienrecht die Erkenntnisse jener Wissenszweige vermehrt Einfluss gewonnen haben. Bei der jüngsten Revision des Kindesrechts beispielsweise hat sich die Expertenkommission zur Berücksichtigung der Erkenntnisse empirischer Wissenschaften grundsätzlich positiv geäußert³²⁵, worauf sich auch die folgenden Kommissionen bei der Ausgestaltung konkreter Normen oftmals von gefestigten sozialwissenschaftlichen Ansichten leiten liessen³²⁶. Der Gesetzgeber "darf sich nicht nur nach der vorherrschenden Einstellung der Bevölkerung richten, sondern muss sich auch an Wertvorstellungen und wissenschaftlichen Erkenntnissen orientieren"³²⁷. Er hat sich nun im Bereich des Kindesrechts mit der Generalklausel des Kindeswohls bewusst auf die Festlegung eines Programmzieles beschränkt, weil eine detaillierte Regelung dem Einzelfall nicht gerecht würde. Die damit implizierte Beweglichkeit des Juristen erfordert eine umfangreiche Einsicht in gesamtgesellschaftliche Zusammenhänge und deshalb eine vermehrte Einbeziehung der Sozialwissenschaften. Boxdorfer sieht gar in den interdisziplinären Wertungen die Chance zur "genauen Festlegung der Grenze des Kindeswohls"³²⁸, verkennt dabei aller-

³²⁵ ProtExpK 504 ff.

³²⁶ vgl. z.B. Prot. SRK 168 (Hegnauer)

³²⁷ Danzig, Kindschaftsrecht 11

³²⁸ Boxdorfer, Recht der Jugend 1972, 260 ff.; vgl. Quambusch 2. Auch Kühn (329) vermutet in der Zuhilfenahme der Sozialwissenschaften eine Möglichkeit der positiven Umschreibung des Kindeswohls (Bedingungen und Voraussetzungen minimaler Sozialisationserfordernisse, die für einen Sozialisationserfolg notwendig sind). Vgl. zur Problematik einer Definition des Kindeswohls vorn 114 ff.

dings den Zweck der Generalklausel und die Aufgabe, die bei deren Konkretisierung ausserrechtlichen Disziplinen zukommt. Denn es geht nicht darum, das Kindeswohl mit sozialwissenschaftlichen Erkenntnissen allgemein zu konkretisieren, um die Formel danach schematisch anwenden zu können. Damit würde ja gerade die mit der Generalklausel angestrebte Flexibilität des Rechts preisgegeben, so dass ebensogut der Gesetzgeber selbst konkrete Normen aufstellen könnte. Er ist nun aber der einesteils verständlichen Forderung des Juristen nach einfach zu handhabenden, "klaren" Normen zugunsten eines erhöhten Bedürfnisses nach Einzelfallgerechtigkeit nicht nachgekommen; die Rechtsanwendung darf diese Entscheidung des Gesetzgebers nicht durch eine sture Auslegung der Generalklausel torpedieren.

- c) Der Gesetzgeber hat bewusst darauf verzichtet, das jeweilig Beste für das Kind genau zu umschreiben; mit dem Begriff Kindeswohl verweist er die rechtsanwendende Behörde auf ausserrechtliche Kriterien. In erster Linie liefern dabei die Erkenntnisse der Sozialwissenschaften den für die Interpretation anwendbaren Massstab. Denn die Frage, was dem Kindeswohl entspricht und was ihm abträglich ist, ist rein wissenschaftlich zu beantworten. Nicht oder höchstens untergeordnet zu berücksichtigen sind bei der Interpretation die allgemeine Verkehrsanschauung oder die üblichen Verhaltensmuster oder wie immer man dies nennen mag³²⁹. Denn im Interesse einer auch im Einzelfall objektiven Begriffsklärung darf diese Entscheidung nicht einfach herkömmlichen und zum Teil überkommenen Ansichten überlassen werden, bloss weil diese von der Mehrheit des Volkes vertreten werden. Die Anerkennung wissenschaftlich fundierter Auslegung bietet die grössere Gewähr dafür, dass auch tatsächlich dem Kind und seinem Wohl gedient und die Entscheidung nicht durch ein aus sozialwissenschaftlicher Sicht falsches Vorverständnis beeinflusst wird. Die von der Mehrheit der Gesellschaft vertretene Auffassung ist - soweit überhaupt objektiv feststellbar - nur dann bei der Kon-

329 A.M. Neuhaus 257; Danzig, Kindeswohl 21

kretisierung des Kindeswohls zu beachten, wenn sie mit den gefestigten Ergebnissen der Sozialwissenschaften übereinstimmt. Was also im Einzelfall zum Beispiel dem körperlichen Wohl eines Kindes entspricht, bestimmt sich nach den Erkenntnissen der Medizin und der Ernährungswissenschaft und nicht etwa nach dem durchschnittlichen Volksempfinden. Das geistig-seelische Wohl ist auf psychiatrischer, psychologischer und pädagogischer Ebene zu eruieren, für die Bestimmung des sozialen Kindeswohls sind Soziologie und Sozialarbeit heranzuziehen usw. Auch wenn der überwiegende Teil der Bevölkerung zum Beispiel der Ansicht sein sollte, dass eine Trennung des zweijährigen Kindes von seiner Mutter ohne merkliche Schädigung möglich sei, darf grundsätzlich keine Zuteilung eines solchen Kindes an den geschiedenen Vater erfolgen, weil die gefestigten wissenschaftlichen Erkenntnisse für eine Mutterentbehmung in diesem Alter bleibende Schädigungen des Kindes in Aussicht stellen. Ebenso wenig wie der Gesetzgeber darf sich die rechtsanwendende Behörde am Sittenstand des Volksganzen oder an sonstwie traditionell begründeten Auffassungen orientieren. Wo immer sich eine staatliche Behörde mit dem Kindeswohl zu befassen hat, ist es aus sozialwissenschaftlicher Sicht zu konkretisieren³³⁰. Diese gegenüber früher veränderte Art der Interpretation (vgl. vorn 126 ff.) hat dazu geführt, dass das Kindeswohl insofern zu einer *im Einzelfall* recht genau definierbaren Grösse geworden ist, als seine Konkretisierung den empirischen Wissenschaften abgetreten werden kann und sich aufgrund sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse ein eindeutiger

³³⁰ Wo hingegen die Eltern Adressaten des Kindeswohls sind (Art. 301 ZGB), ergibt sich von selbst eine gewisse Verschiebung der Massstäbe. Die Eltern haben zwar Pflege und Erziehung im Hinblick auf das Kindeswohl zu leiten, der Staat darf jedoch erst bei Gefährdungen von einiger Schwere mit Kinderschutzmassnahmen intervenieren. Das Persönlichkeitsrecht der Eltern bewirkt also, dass sie die elterliche Gewalt bis zu einer gewissen Grenze auch unter Missachtung sozialwissenschaftlicher Forderungen ausüben können. Wächst z.B. ein Kind in (nach heutigen Normen) unhygienischen Verhältnissen auf, so darf erst dagegen eingeschritten werden, wenn dadurch seine Gesundheit ernsthaft gefährdet oder sein seelisches Wohl offensichtlich stark beeinträchtigt wird. Selbst dann sind nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit zwar möglichst wirksame, aber nicht zu einschneidende Massnahmen (z.B. Beratung, Haushalthilfe usw.) zu treffen.

Befund ergibt. Die Entscheidung fällt dem Richter natürlich in jenen Fällen leichter, in denen das Kindeswohl relativ genau umschrieben werden kann und das Urteil nur von dieser Frage abhängt³³¹. Der Wert sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse wird jedoch dadurch relativiert, dass auch bei diesen Untersuchungen nicht jede subjektive Wertung ausgeschlossen werden kann. Ausserdem unterliegt das Resultat im weiteren der richterlichen Prüfung und kann dabei noch wesentliche, auf subjektiver Wertung basierende Veränderungen erfahren. Und schliesslich genügt für die richterliche Entscheidung nicht immer schon das wissenschaftlich eruierte Kindeswohl; in den Fällen von Art. 274 Abs. 2 oder 307 ZGB muss zum Beispiel zusätzlich geprüft werden, ob eine Gefährdung des Kindeswohls vorliegt.

- d) Es geht nun nicht einfach darum, jeden Entscheid über das Kindeswohl den empirischen Wissenschaften zu überlassen, sozialwissenschaftliche Ergebnisse können lediglich bei der Entscheidungsfindung behilflich sein und das Resultat überdenken helfen. Das endgültige Urteil obliegt allein dem Richter, für welchen diese ausserrechtlichen Disziplinen nur den Rang von Hilfswissenschaften haben dürfen³³². Umgekehrt ist der Richter aber auch verpflichtet, die sozialwissenschaftlichen Erkenntnisse zu berücksichtigen, stellen sie für ihn doch "bewährte Lehre und Ueberlieferung" dar (Art. 1 Abs. 3 ZGB)³³³. In einfachen Fällen wird er aufgrund seines eigenen psychologischen, pädagogischen usw. Wissens sowie mit seinen eigenen Kenntnissen über gesellschaftliche Zusammenhänge die Lage abschliessend beurteilen können. Ist er dazu nicht imstande, so kann

³³¹ Dies ist z.B. bei der Adoption (Art. 264 ZGB) der Fall.

³³² Münder/Kühn 98, 100

³³³ Bewährte Lehre ist nicht gleichzusetzen mit herkömmlicher Anschauung. Denn auch neue Erkenntnisse zählen unter Umständen bereits zur bewährten Lehre, während anderseits überholte Lehren nicht mehr als bewährt bezeichnet werden können. Vgl. Henkel 73.
Neben den sozialwissenschaftlichen Erkenntnissen gehört natürlich auch die Rechtswissenschaft zur bewährten Lehre. Allerdings beschränkt sich die Hilfe der Rechtslehre auf die systematische Gliederung des Stoffes, die Bildung von Fallgruppen und allenfalls auf die Entwicklung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen (Hegnauer N 35 zu aArt. 283 ZGB).

er sich die erforderlichen Kenntnisse durch einen Ratschlag oder kurzen Befund eines speziell ausgebildeten Fachmannes aneignen. Wenn die Eruiierung der für das Kind günstigsten bzw. günstigeren Lösung mit grossen Schwierigkeiten verbunden ist, dann erweist sich in der Regel ein Sachverständigengutachten als unumgänglich. Die Konkretisierung des Kindeswohls mittels Expertise muss immer dann erfolgen, wenn der Richter diese Abklärung aufgrund eigener Kenntnisse und Erfahrungen oder aufgrund einer einfachen Beratung durch Experten nicht genügend kompetent vornehmen kann³³⁴. Da die Untersuchung des Kindeswohls sehr oft heikel ist, spielt die Gutachtertätigkeit für die Rechtsprechung eine wichtige Rolle. Die rechtsanwendende Behörde wird oft nicht in der Lage sein, das jeweilige Kindeswohl hinreichend beurteilen zu können, zumal bei dieser Abklärung die allgemeine Verkehrsanschauung in den Hintergrund treten muss. Die Häufigkeit der Gutachten wird in der Praxis allerdings gebremst durch den zeitlichen und durch den finanziellen Faktor. Denn zum einen ist die Belastung der Gutachter häufig so enorm, dass Expertisen oft mehrere Monate oder gar Jahre auf sich warten lassen. Damit wird aber unter Umständen dem Kindeswohl mehr Schaden zugefügt als durch eine weniger fachgemässe Beurteilung der Kindesinteressen; denn der kindliche Zeitbegriff, welcher in der Regel eine rasche Entscheidung verlangt, darf nicht ausser acht gelassen werden³³⁵. Zum andern wird gelegentlich wegen der oftmals hohen Kosten von einem Gutachten abgesehen. Dies ist allerdings nur in jenen Fällen gerechtfertigt, in denen von einem Gutachten nicht allzuviel zu erwarten ist und voraussichtlich auch die rechtsanwendende Behörde eine dem objektiven Kindeswohl gerecht werdende Lösung finden kann. Wo aber die Abklärung des Kindeswohls nicht so einfach ist und die Entscheidung weitgehend von dieser Konkretisierung abhängt, darf nicht aus finanziellen Gründen auf ein Sachverständigengutachten verzich-

³³⁴ Es entspricht einem allgemeinen Grundsatz, dass Sachverständigengutachten beigezogen werden können, wenn zur Beweiserhebung besondere Kenntnisse nötig sind (vgl. Sträuli/Messmer N 1 zu § 171 ZPO).

³³⁵ vgl. Bowlby, Trennung 42; Goldstein, Jenseits 39 ff.; Simitis, Kindeswohl 270 f.

tet werden. Denn das Wohl des Kindes ist ein zu hohes Gut, als dass es mit solchen Ueberlegungen aufs Spiel gesetzt werden dürfte.

Der rechtsanwendenden Behörde obliegt schliesslich die freie Würdigung des Gutachtens. Trotz der Hilfe der Sozialwissenschaften bleibt die endgültige Entscheidung dem Richter vorbehalten. Wurden in Zweifelsfällen (auch wissenschaftliche Gutachten enthalten nicht immer die letzte Wahrheit!) mehrere Gutachten oder eine Oberexpertise eingeholt, welche unterschiedliche Ergebnisse liefern, so muss sich der Richter ebenfalls für eine Lösung entscheiden. Vom einstimmigen Befund oder Ratschlag der Experten darf er allerdings nur abweichen, wenn entweder zwingende juristische Gründe dies nahelegen³³⁶ oder ernsthafte Anzeichen bestehen, dass jene Meinung zu wenig fundiert ist. Im allgemeinen wird jedoch die wissenschaftlich begründete Expertise massgeblich an der Entscheidungsfindung beteiligt sein, da primär die Sozialwissenschaften den für die Interpretation des objektiven Kindeswohls anwendbaren Massstab liefern.

- e) Im Kindesrecht wäre also ein Verzicht auf eine interdisziplinäre Zusammenarbeit mit den Sozialwissenschaften weder bei der Rechtssetzung noch bei der Rechtsanwendung zu verantworten. Die Heranziehung jener Erkenntnisse muss der Rechtswissenschaft Gebot sein und darf nicht als billiger Ausweg³³⁷ oder als fehlender Mut zur Entscheidung interpretiert werden.

³³⁶ Wenn zum Beispiel die vom Experten vorgeschlagene Kindesschutzmassnahme rechtlich unzulässig ist. Vgl. Sträuli/Messmer N 5 f. zu § 181 ZPO.

Vgl. als Beispiel einer (meines Erachtens allerdings ungenügend begründeten) Abweichung von einem psychiatrischen Gutachten BGE 100 II 82 f.

³³⁷ A.M. offenbar Simitis (Goldstein) 105. Es geht bei der Zuhilfenahme ausserrechtlicher Disziplinen nicht etwa darum, die Familienerziehung gesamthaft zu verändern oder gar auf Umwegen ein einheitliches Erziehungsziel festzulegen (vgl. Neuhaus 257). Denn im Bereich der elterlichen Gewalt kann der Staat bekanntlich erst bei deren Missbrauch intervenieren. Den Eltern verbleibt ein grosser Spielraum für die Gestaltung ihrer Erziehung.

IV. Funktionen des Kindeswohls

1. Ersatz für den rechtlich nicht anerkannten Willen des Kindes

Bedeutung und Anwendungsbereich des Kindeswohls sind von der Handlungsfähigkeit des betreffenden Kindes abhängig: je mehr die Handlungsfähigkeit zunimmt, desto mehr verliert die Rechtsfigur des Kindeswohls an Bedeutung. Sie büsst zusehends an Relevanz ein, wenn das Kind beschränkt handlungsfähig wird (Art. 19 ZGB) und verliert ihre Bedeutung gänzlich mit dem Erreichen der vollen Handlungsfähigkeit. Denn indem die Rechtsordnung dem Jugendlichen die volle Handlungsfähigkeit zugesteht, bedeutet dies zugleich die künftig uneingeschränkte Anerkennung seiner persönlichen Entscheidung³³⁸. In diesem Zeitpunkt tritt also der Wille des Kindes an die Stelle des Kindeswohls, der Jugendliche kann fortan über sich selbst bestimmen. Aus diesen Ueberlegungen wird eine der Funktionen des Kindeswohls klar: es hat Ersatzfunktion für den Willen des Kindes, solange dieser rechtlich nicht voll anerkannt wird³³⁹.

Der subjektive Wille des Kindes wird zwar vom Gesetz in bezug auf gewisse Fragen ausdrücklich respektiert (vgl. z.B. Art. 265 Abs. 2 oder 303 Abs. 3 ZGB), in der Regel hat das Kind jedoch nicht mehr als ein Anhörungsrecht. Das Gesetz geht davon aus, dass der subjektive Wille des Kindes nicht mit seinem objektiven Willen, d.h. mit dem Kindeswohl identisch sein muss, weil es dem Kind zumeist noch an der nötigen Einsichtsfähigkeit fehlt. Das Kindeswohl soll deshalb vernünftiger Ersatz des subjektiven Willens sein. Es ist das Instrument des Staates, welcher in den Bereichen ausserhalb der elterlichen Gewalt allgemein und bei Ueberschreitung der Gewalt auch gegenüber den Eltern als Wahrer der Kindesinteressen auftritt. Das Kindeswohl trägt also dazu bei, dass die Kindesinteressen nicht unbefugtermassen einfach durch die Interessen von Dritt-

³³⁸ Genau genommen hängt also das Kindeswohl vom Eintritt der Mündigkeit nur insofern ab, als zwischen Mündigkeit und Handlungsfähigkeit ein Zusammenhang besteht.

³³⁹ Münder/Kühn 99

personen substituiert werden. Je älter und einsichtsfähiger dann das Kind wird, desto mehr ist auf seinen Willen Rücksicht zu nehmen, desto eher wird es also selbst bestimmen können, was der Wahrung seines Wohles dient.

2. Ausgleich der schwächeren Stellung des Kindes

Diese Funktion des Kindeswohls ist mit der erstgenannten verwandt: die Rechtsfigur Kindeswohl soll nicht nur Ersatz für die fehlende Selbstbestimmung des Kindes sein, sondern darüber hinaus einen gewissen sozialen Ausgleich zur regelmässig schwächeren Position des Kindes schaffen. Vor allem das kleine Kind ist allein gar nicht in der Lage, seine berechtigten Interessen durchzusetzen und sich gegen die Ausbeutung seiner schwachen Stellung durch Drittpersonen zu wehren. Deshalb hat der Gesetzgeber für sich selbst und für die Rechtsanwendung die Wahrung des Kindeswohls als oberste Maxime statuiert (dazu ausführlicher hinten 147 ff.). Durch diese Bevorzugung der Kindesinteressen im Gesetz wird das Ungleichgewicht in der Rechtsstellung etwas ausgeglichen. Vor allem wird mit dem Leitgedanken des Kindeswohls auch dem Persönlichkeitsrecht des Kindes Nachachtung verschafft, denn dieses ist dem Persönlichkeitsrecht der Erwachsenen von Anfang an ebenbürtig³⁴⁰.

3. Das Kindeswohl als Leitidee

Für die Rechtssetzung und für die Rechtsanwendung erfüllt das Kindeswohl die Funktion einer Leitidee. Der Gesetzgeber hat sich im Unmündigenrecht zusehends am Gedanken des Kindeswohls orientiert, so dass es nun auch bei der Rechtsanwendung als Maxime Geltung beanspruchen muss. Das vielschichtige Kriterium Kindeswohl dient also als Anhaltspunkt bei der Rechtssetzung und als Entscheidungsgrundlage bei der Anwendung des Unmündigenrechts. Als Richtlinie für Eltern und Behörden erfüllt es eine führende Funktion, allerdings mit unterschiedlicher Tragweite: während die Behörden als Adressaten des Kin-

³⁴⁰ Hegnauer N 6 zu aArt. 273 ZGB; vgl. auch Hegnauer in ZZW 47 (1979) 202

deswohls ihre Entscheidung nach dieser Maxime fällen müssen, ist das Kindeswohl als Richtschnur für die Ausübung der elterlichen Gewalt weit unverbindlicher. Der Gesetzgeber erwartet zwar auch von den Eltern bei der Leitung von Pflege und Erziehung eine Orientierung am Wohl des Kindes (Art. 301 ZGB), schreitet aber bei Nichteinhaltung dieses Gebots erst bei erheblicher Gefährdung des Kindeswohls ein (Art. 307 ff. ZGB). Im Eltern-Kind-Verhältnis übt das Kindeswohl also im besondern auch eine limitierende Funktion aus.

4. Gesellschaftliche Funktion

Der Kindeswohlbegriff dient primär der Wahrung der Interessen des Kindes. Doch damit ist auch schon auf seine Bedeutung für die gesamte Gesellschaft hingewiesen, denn zwischen dem Wohlergehen der Generation der Kinder und dem Wohl der Gesellschaft im allgemeinen bestehen enge Beziehungen. Das Wohl der Kinder hängt zwar weitgehend von der Haltung der Erwachsenen ab, doch bestimmen die heutigen Verhältnisse der Kinder die Zukunft der Gesellschaft von morgen. Die Wahrung des Kindeswohls erfolgt also auch im Interesse der übrigen Gesellschaft und muss folglich ihr ernstes Anliegen sein. Zwei einfache Beispiele mögen die Zusammenhänge zwischen dem Kindeswohl und dem Wohl der Gesellschaft illustrieren: wenn die Eltern ihre Kinder häufig schlagen und misshandeln, so werden diese Kinder nach gefestigten psychologischen Erfahrungen ihrerseits mit grosser Wahrscheinlichkeit auch schlagende Eltern werden. Oder wenn der Scheidungsrichter ohne triftige Gründe ein einjähriges Kind seinem Vater zuteilt, wird dieses als Folge der Mutterentbehrung mit grosser Wahrscheinlichkeit bleibende Schäden davontragen und in späteren Jahren unter Umständen eine besondere Neigung zu Aggressivität, Dissozialität oder Kriminalität aufweisen. - Die menschliche Gesellschaft muss ein vitales Interesse an der Verhütung solcher Fehlentwicklungen und damit an der Berücksichtigung des Kindeswohls haben.

V. Kindeswohl und Elterninteressen

Auf das Problem der Kollision von Kindeswohl und Elterninteressen wurde in den vorangehenden Abschnitten schon verschiedentlich hingewiesen. Vor allem in der deutschen Literatur tritt es fast in jeder Arbeit, die sich mit dem Kindeswohl befasst, als zentrales Problem auf; meines Erachtens wird dieser Interessenkollision dabei aber zu grosse Bedeutung beigemessen und das Konfliktdenken übertrieben³⁴¹.

Dem Kindeswohl kommt im Zusammenhang mit der Ausübung der elterlichen Gewalt besondere Bedeutung zu. Einerseits wird seine Wahrung den Eltern in Art. 301 ZGB von Gesetzes wegen als Richtlinie für die Pflege und Erziehung ihrer Kinder vorgeschrieben, während auf der andern Seite der Richter bzw. die Vormundschaftsbehörde nicht schon gegen jede das Kindeswohl missachtende Ausübung der elterlichen Gewalt einschreiten können. Denn zwischen der optimalen Wahrung und der rechtserheblichen Gefährdung des Kindeswohls liegt der breite Spielraum des freien elterlichen Erziehungsrechts. Einesteils wäre es zwar wünschenswert, wenn auch die Eltern bei allen ihren Entscheidungen verbindlich zur Wahrung des Kindeswohls verpflichtet werden könnten. Solcher Absicht widerspricht jedoch die freiheitliche Grundhaltung unseres Staates: er schreibt den Eltern das Erziehungsziel nicht vor und verzichtet - um das erstere nicht illusorisch zu machen - auf eine rigorose Kontrolle der Familienerziehung. Erst wo die Eltern das Wohl ihrer Kinder sogar erheblich gefährden, greift der Staat mit Kindesschutzmassnahmen ein. Obwohl die Eltern im Betätigungsfeld ihrer Gewalt relativ frei sind, stellt das Gesetz damit dem Elternrecht auch ein eigentliches Kindesrecht gegenüber. Das Kind ist - auch wenn im Interesse einer freiheitlichen Gesellschaft den Eltern ein grosser Spielraum eingestanden wird - ihnen nicht einfach als blosses Rechtsobjekt ausgeliefert, es ist vielmehr - und das ist ein grundlegender Fortschritt gegenüber früheren patriarchalischen Zeiten - als

³⁴¹ Vgl. stellvertretend für viele andere die Publikationen von Danzig (Kindeswohl), Gerber, Gernhuber, Lempp und Quambusch.

Rechtssubjekt mit eigener Persönlichkeit anerkannt. Konkret zeigt sich dies zum Beispiel in den Formulierungen der Art. 301 und 302 ZGB, in Art. 306 Abs. 2 ZGB (Vertretungsbeistandschaft bei Kollision von Eltern- und Kindesinteressen) oder in Art. 310 Abs. 2 ZGB (Aufhebung der Obhut auf Begehren des Kindes). Der Gesetzgeber hat sich also intensiv mit den oft entgegengesetzten Interessen von Eltern und Kind befasst und dabei manche Streitfrage zugunsten des Kindes gelöst. Allerdings hat er damit keineswegs - wie im Vorfeld des später nicht zustande gekommenen Referendums gegen das neue Kindesrecht argumentiert wurde - die elterliche Gewalt ausgehöhlt und die Familie untergraben, denn eine patriarchalisch geführte, nur das Recht der Eltern berücksichtigende Familie kann nicht im Interesse des heutigen Staates liegen.

In praktischer wie auch in rechtlicher Hinsicht spielt beim Konflikt von Eltern- und Kindesinteressen auch das Alter des Kindes eine wesentliche Rolle. Kleine Kinder müssen sich in der Regel völlig nach dem Willen der Eltern richten. Sie sind noch kaum imstande, sich gegen eine unsachgemässe Ausübung der elterlichen Gewalt wirksam zur Wehr zu setzen; selbst eine Ueberschreitung der elterlichen Befugnisse und damit verbundene Gefährdung des Kindeswohls muss in der Regel zuerst durch Drittpersonen wahrgenommen werden, bis die zuständigen Behörden davon Kenntnis erhalten und entsprechende Gegenmassnahmen einleiten können. Dem erhöhten Schutzbedürfnis des kleinen Kindes vor elterlicher Willkür trägt das Gesetz durch gezielte Bestimmungen Rechnung (vgl. z.B. Art. 309 ZGB). Mit zunehmendem Alter des Kindes verliert die elterliche Gewalt an Bedeutung; sie wandelt sich allmählich vom anfänglichen Direktionsrecht zum reinen Kontrollrecht, wobei die elterlichen Befugnisse auch vor einem Geheimbereich des Kindes (Tagebücher, Briefe usw.) zunehmend zurückweichen³⁴². An die Stelle der elterlichen Gewalt tritt schrittweise das Selbstbestimmungsrecht des Kindes, und wo dieser Uebergang noch nicht erfolgt, wird das Kind mit zunehmendem Alter in die Lage ver-

³⁴² Danzig, Kindeswohl 13

setzt, sich selbst gegen unzulässige Uebergriffe der Eltern zu wehren. Die Ausübung der elterlichen Gewalt wird aus diesen praktischen Ueberlegungen heraus beim älteren Kind allmählich zur überprüfbaren Grösse.

Das neue schweizerische Kindesrecht hat für den heiklen Dualismus von Kindeswohl und Elterninteresse eine ausgewogene Lösung gefunden, ohne das eine aufzugeben oder das andere krass zurückzusetzen. Dies ist um so wichtiger, als letztlich doch grundlegende rechtspolitische Fragen hinter dieser Abgrenzung stehen. Allerdings sollten innerfamiliäre Interessengegensätze nicht überbewertet werden, weil damit das Konfliktdenken unnötigerweise in den Bereich der Familie hineingetragen würde. Die Eltern dürfen nicht unter Missachtung ihrer natürlichen Verbundenheit mit den Kindern als blosse Beauftragte des Staates oder der Gesellschaft hingestellt werden. Denn die Regel ist immer noch, dass Eltern ihre Kinder lieben, sich mit ihnen identifizieren und die Interessen der Kinder ihren eigenen vorzuziehen bereit sind³⁴³.

³⁴³ Neuhaus 254

2. Teil: DAS KINDESWOHL ALS MAXIME

§ 3 Geschichtlicher Rückblick

I. Römisches Recht

1. Die Stellung der Hauskinder im römischen Recht war im wesentlichen durch die *patria potestas* des *paterfamilias* bestimmt. Besonders ausgeprägt offenbarte sich diese lebenslängliche Vollgewalt des Familienoberhauptes im *altrömischen Recht*. Erziehung, Umweltgestaltung, Rechte der Kinder - alles hing in erster Linie vom *paterfamilias* ab, welcher sogar über die *vitae necisque potestas* verfügte. Allerdings wurde diese Macht über Leben und Tod der Hauskinder bereits in altrömischer Zeit verschiedentlich gemässigt. Gewisse Einschränkungen erfolgten durch eine Reihe sakraler Strafdrohungen, andere wiederum durch die Sittenaufsicht der Zensoren, welche Missbräuche der *patria potestas* verfolgten³⁴⁴. Ausserdem durfte der *paterfamilias* allmählich gegen die Person des Kindes nur Gewalt anwenden, nachdem ein Hausgericht die Sanktion gebilligt hatte³⁴⁵. Sakralrecht und Sitte nahmen also mit ihrem mildernden und ausgleichenden Einfluss der Hausgewalt ihre Schrecken und setzten an die Stelle der Willkür des *paterfamilias* die Rücksicht auf den *populus Romanus* und die Ehre der römischen *civitas*³⁴⁶. Trotz diesem (zum Teil ausserrechtlichen) Schutz der Hauskinder in Extremfällen war ihre Stellung im altrömischen Recht völlig unselbständig. Sogar verheiratete Haussöhne mit eigenen Kindern konnten keine selbständigen Rechte haben, waren also mitunter vermögensunfähig.
2. Auch noch im *klassischen Recht* bestand die lebenslängliche *patria potestas* des Hausvaters. Sie wurde jedoch durch die allmähliche Verselbständigung der Hauskinder weiter abgeschwächt. Diese blieben zwar - mit Ausnahme des *peculium castrense*³⁴⁷ -

³⁴⁴ vgl. im einzelnen Kaser I 61 f.

³⁴⁵ Kaser, Der Inhalt der *patria potestas*, SZ 58 (1938) 68 f.

³⁴⁶ Kaser, SZ 58 (1938) 73

³⁴⁷ dazu Kaser I 344

grundsätzlich vermögensunfähig. Bereits seit der jüngeren Republik liessen aber die Prätores unter bestimmten Voraussetzungen aus den Verpflichtungsgeschäften der Hauskinder den Gewalthaber haften (adjektizische Klagen)³⁴⁸. Als weitere Schwächung der patria potestas kam schon unter dem Prinzipat eine gegenseitige Unterhaltspflicht zwischen Eltern und Kindern hinzu³⁴⁹.

3. Im *nachklassischen Recht* wurde die patria potestas vor allem unter dem Einfluss hellenistischer Rechte noch weiter zurückgebildet. Die vitae necisque potestas, die schon unter dem Prinzipat praktisch ausser Anwendung gelangt war, wurde unter Konstantin als nicht mehr bestehend betrachtet³⁵⁰. Christliches Streben nach Menschlichkeit, aufkommende Gegenrechte des Kindes (Unterhaltsanspruch, Anspruch auf Bestellung einer Mitgift bzw. einer Eheschenkung usw.) trugen wesentlich zur Aushöhlung der formell weiterbestehenden patria potestas bei. Die Unterhaltspflicht unter Verwandten wurde erweitert, die Erziehung der Kinder allmählich als Gegenstand einer Rechtspflicht aufgefasst³⁵¹.
4. Das Kind war also im altrömischen und auch noch im klassischen Recht völlig dem paterfamilias ausgeliefert; sein Wohlergehen hing in erster Linie von der Art der Ausübung der Hausgewalt ab. Rechtliche Schutznormen zugunsten des Kindes existierten zumindest im altrömischen Recht nicht. Dies veranlasste gewisse Autoren zu der Vermutung, dass das Kind im römischen Recht nicht besser behandelt worden sei als ein lebloses Ding³⁵². Kaser weist jedoch diesen Vorwurf an die Römer überzeugend zurück mit dem Hinweis, dass schon in altrömischer Zeit ausserrechtliche Normen (vor allem Sakralrecht und Sitte) der patria potestas ihre Härte genommen hatten und im Laufe der Zeit sogar positives Recht wurden³⁵³. Trotzdem ist festzustellen, dass

³⁴⁸ Kaser I 343

³⁴⁹ Kaser SZ 58 (1938) 79

³⁵⁰ Kaser II 203 f.

³⁵¹ Kaser II 206

³⁵² vgl. z.B. Mommsen 18

³⁵³ Kaser SZ 58 (1938) 62

sich der römische Staat mit seiner Gesetzgebung - ausser den erwähnten Relativierungen in Extremfällen - kaum um das Wohl der Kinder gekümmert hat. Ein Kindesrecht im heutigen Sinne existierte nicht. In rechtlicher Hinsicht konnte lange Zeit von einer Anerkennung der Persönlichkeit des Kindes kaum die Rede sein. Erst das nachklassische Recht wirkte mit der Anerkennung gewisser Gegenrechte des Kindes in diese Richtung. Die Wahrung des Kindeswohls lag aber auch in dieser Zeit fast gänzlich im Ermessen des paterfamilias.

II. Das Kind im germanischen Recht

Aehnlich wie im römischen hat die Situation für das Kind im germanischen Recht ausgesehen. Auch hier verfügte der Vater völlig über das Kind. Die Hausgewalt (munt) reichte auch im germanischen Recht bis zur Tötung, zum Verkauf der Kinder oder zum Recht, sie gegen Entgelt in Schuldknechtschaft zu geben³⁵⁴. Die totale Abhängigkeit des Kindes vom Vater schützte dieses zwar vor Dritten; es fehlte jedoch - anders als im römischen Recht - an einer Instanz, welche es gegenüber dem Vater vor missbräuchlicher Ausübung der munt geschützt hätte³⁵⁵. Immerhin bestand trotz der strengen Vatergewalt eine Vermögensgemeinschaft zwischen Vater und Kind³⁵⁶. Abgesehen davon war das Kind aber rechtlich völlig unselbständig; Selbständigkeit erwarb es auch nicht etwa mit Erreichen der Mündigkeit (in fränkischer Zeit in der Regel mit 12 Jahren), sondern erst mit dem Ausscheiden aus dem Haus³⁵⁷.

Die Persönlichkeit des Kindes wurde also innerhalb der germanischen Hausgemeinschaft mit Ausnahme einer gewissen Vermögensfähigkeit rechtlich nicht respektiert. Nur im Verhältnis zu Dritten fand die Person des Kindes einen gewissen Rechtsschutz³⁵⁸.

³⁵⁴ So sogar noch der Schwabenspiegel von 1275/76, vgl. Landrecht 357.

³⁵⁵ Schwab 380

³⁵⁶ Amira/Eckhardt II 79

³⁵⁷ Schwab 381

³⁵⁸ Die Lex Salica verlangte z.B. für die Tötung eines freien Knaben unter 12 Jahren das dreifache Wergeld eines freien Mannes (Lex Salica 24 § 1) und für die Tötung eines noch nicht gebärfähigen Mädchens ei-

Interessant ist, dass im altgermanischen Recht die Anerkennung unehelicher Kinder aus Konkubinat oder sogar aus einer bloss vorübergehenden Verbindung möglich war und die Mitgliedschaft des Kindes zur Sippe begründete³⁵⁹. Die daraus resultierende Gleichberechtigung von ehelichen und unehelichen Kindern galt in allen germanischen Stämmen wie auch in den Herrscherhäusern bis in die Zeit der Merowinger³⁶⁰. Erst in der Zeit der Karolinger setzte dann durch den Einfluss der Kirche eine Abschwächung, teilweise sogar eine Vernichtung des Anerkennungssystems ein³⁶¹. Die Kirche brachte mit ihrer Aechtung jedes ausserehelichen Geschlechtsverkehrs eine drastische Verschlechterung der Rechtsstellung aller unehelichen Kinder.

III. Hoch- und Spätmittelalter

Die allgemeine Personalisierung der familienrechtlichen Beziehungen im Hoch- und Spätmittelalter brachte kaum eine Änderung der Rechtslage des Kindes. Dieses war nach wie vor der strengen und eigennützig gehandhabten munt des Familienvaters ausgeliefert. Die Kirche milderte zwar einige Härten, indem die unbeschränkte Strafgewalt auf eine Zuchtgewalt reduziert, die Aussetzung verboten und das Kind schon bei Lebendgeburt rechtsfähig erklärt wurde. Es fehlte aber nach wie vor eine Kontrolle der Hausgewalt, einschlägige Strafnormen entstanden nur zögernd³⁶². Immerhin schwächten die Kanonisten die väterliche Gewalt in gewissen Bereichen ab, in denen sie dem Kindeswillen ohne Rücksicht auf die elterliche Zustimmung konstitutive Bedeutung beimassen. Der Vater hatte zum Beispiel mit der Zeit nur noch ein Ehebewilligungsrecht, wobei seine Zustimmung nicht mehr "ex necessitate", sondern nur "ex honestate" erforderlich war und somit auch eine heimliche Ehe

ne dem Wergeld des freien Mannes entsprechende Busse (Pactus legis Salicae 41 § 15). Vgl. auch Schwab 380 f.

³⁵⁹ Dem römischen Recht war eine Anerkennung unehelicher Kinder unbekannt.

³⁶⁰ Schmidt 18 mit weiteren Nachweisen in Anm. 9

³⁶¹ Amira/Eckhardt II 80, Schmidt 19 ff., Schwab 382 f.

³⁶² Schwab 381

gültig geschlossen werden konnte³⁶³.

Die durch den Einfluss der Kirche im Mittelalter erfolgte Diskriminierung der unehelichen Kinder wurde bereits im vorangehenden Abschnitt erwähnt.

IV. Situation des Kindes in der Neuzeit

Erst in der Neuzeit erfuhr die Rechtslage des Kindes wesentliche Veränderungen³⁶⁴. Der absolutistische Staat regelte auch den Privatbereich seiner Bürger und drang daher mit seinen Normen tief in die Familien ein. Die Ausübung der elterlichen Gewalt verblieb zwar nach wie vor den Eltern (vor allem dem Vater), der Staat setzte ihr jedoch strenge Richtlinien und Grenzen, deren Einhaltung er mit einer rigorosen Gerichtsbarkeit kontrollierte³⁶⁵. Die Familie war nicht mehr jene abgeschlossene, nach aussen durch den Vater vertretene Lebensgemeinschaft, wie sie im Mittelalter noch bestanden hatte. Als Folge davon wurde das Kind nun auch wirksam gegenüber seinen Eltern geschützt; Ueberschreitungen der elterlichen Gewalt waren nicht mit der Staatsräson des Absolutismus³⁶⁶ vereinbar und wurden deshalb streng geahndet. Das ausgeprägte Schutzdenken gegenüber dem Kind erleichterte zudem bis zu einem gewissen Grade seine Selbstentfaltung, wenngleich auch hier durch die absolutistische Staatsräson enge Grenzen gesetzt waren.

Selbstentfaltung und Achtung der Persönlichkeit des Kindes passten vortrefflich ins Gedankengut der Aufklärung. Während die Kinder noch im 17. Jahrhundert vorwiegend Instrumente einer elterlichen Spekulation, mit ihrer Hilfe gesellschaftlich zu avancieren, waren, galten im 18. Jahrhundert die Gesundheit und Erziehung der Kinder als die beiden Hauptsorgen der Eltern³⁶⁷. Die Pflege der seelischen und körperlichen Integri-

³⁶³ vgl. Schwab 382

³⁶⁴ vgl. dazu insbesondere Schwab 383 f.

³⁶⁵ vgl. Schwab 383

³⁶⁶ Ein Ziel des absolutistischen Staates war die Erziehung seiner Kinder zu brauchbaren Bürgern.

³⁶⁷ vgl. Ariès 553

tät der Kinder wurde von den Eltern in der Aufklärungszeit ernst genommen, wodurch die familiären Beziehungen gestärkt und der Familiensinn allmählich von seinen archaischen Zügen befreit wurden. Die Gemeinsamkeit und Vertrautheit der Eltern mit ihren Kindern wurde immer mehr als beglückend empfunden. Diese Tendenzen zur Abtrennung des familiären Intimbereichs von der Gesellschaft kollidierten in verschiedener Hinsicht mit den Ideen des absolutistischen Staates und seinen den gesamten Lebensbereich regelnden Bestimmungen. Dennoch stellt Ariès zutreffend fest, dass die Geburt der heutigen modernen Familie im 18. Jahrhundert stattgefunden hat³⁶⁸.

³⁶⁸ Ariès 553 ff. Zunächst traf dies allerdings nur für Aristokratie, Bürgertum, wohlhabende Handwerker und reiche Bauern zu. Noch zu Beginn des 19. Jahrhunderts lebten die ärmsten Bevölkerungsschichten in mittelalterlichen Familienstrukturen.

§ 4 Das Kindeswohl als Leitsatz bei der Rechtssetzung

I. Das Kind in der heutigen Gesellschaft und Familie

1. Die Entwicklung der materiellen Kultur, die Industrialisierung, brachte nochmals gewaltige gesellschaftliche Veränderungen mit sich. Die Anpassung der familiären Verhältnisse und insbesondere der Stellung des Kindes an die neuen Gegebenheiten folgte allerdings nur zaghaft. Noch bis ins 20. Jahrhundert hinein (vor allem dann wieder im Nationalsozialismus) blieb das Kind ein Objekt der Beherrschung durch den Vater³⁶⁹. Nur mühsam konnte sich allmählich der aufklärerische Familiensinn durchsetzen, so dass heute sein aristokratisch-bürgerlicher Ursprung vergessen ist und er inzwischen - zumindest in den westeuropäischen Kulturen - in allen sozialen Schichten Verbreitung gefunden hat.

Die gesellschaftlichen Umwälzungen bewirkten einen grundlegenden Wandel der Familie in Struktur und Funktion. Auf die frühere Grossfamilie folgte die Dominanz der von ihr zunehmend emanzipierten Kernfamilie. Gleichzeitig haben sich ihre Funktionen auf "reine familiäre Leistungen" reduziert mit dem Ziel des Aufbaus der "sozialkulturellen Persönlichkeit"³⁷⁰. Diese Veränderungen blieben nicht ohne Wirkung auf die Stellung des Kindes innerhalb der Familie: sie führten hin zur vermehrten Berücksichtigung der Kindesinteressen und begünstigten die Entfaltung der Persönlichkeit des Kindes. Das Kind stellt zwar für die Eltern immer eine finanzielle Belastung dar, seine ökonomische Bedeutung für die Familie (Zusatzverdienst des Kindes) ist jedoch weitgehend irrelevant geworden³⁷¹. Die ideellen Werte werden heute im allgemeinen stärker gewichtet, die Familie mit ihrer Intimsphäre bietet eine Atmosphäre des Vertrauens und ist damit regelmässig zur Uebernahme der Primärsozialisation geeignet. Das Bewusstsein über die Stellung der Kinder in der Gesellschaft hat sich also in den letzten Jahrzehnten grundlegend geändert. An die Stelle des Be-

³⁶⁹ Kühn 334 ff., 356; Quambusch 7

³⁷⁰ Kühn 335

³⁷¹ Kühn 337

sitzgedankens ist ein verstärktes Verantwortungsgefühl getreten; statt Gewalt, Verfügung, Entscheidung und Bestimmung stehen heute Sorge, Hilfe, Förderung und Entfaltung im Vordergrund³⁷². Diese Entwicklung zeigt sich im deutlichen Autoritätsabbau innerhalb des familiären Bereichs und in den veränderten Erziehungsmethoden: auch wenn bezüglich der Erziehung extreme Autoritätsmuster noch lange nicht verschwunden sind³⁷³, werden heute im allgemeinen doch andere, mehrheitlich auf das Kind bezogene Erziehungsmethoden angewandt.

2. Die Gestaltung der Umweltbedingungen und die Erfüllung der *Pflegebedürfnisse* des Kindes sind auch heute vorab Sache seiner Eltern. Die Gesellschaft muss sich der Pflege des Kindes erst annehmen, wenn keine Eltern vorhanden sind oder vorhandene Eltern in dieser Beziehung versagen. Für die Erfüllung solcher Aufgaben wurden verschiedene gesellschaftliche Einrichtungen geschaffen: Kinderkrippen oder Tagesheime für Kinder berufstätiger Mütter, Kinderheime für elternlose Kinder, Heime für Kinder mit psychischen oder physischen Behinderungen usw. Eine wichtige Form ist auch das Pflegekinderwesen, das jedoch an private Abmachungen gebunden und deshalb wenig institutionalisiert ist³⁷⁴.

Neben den Pflegebedürfnissen haben die Eltern auch die *Erziehungsbedürfnisse* des Kindes zu befriedigen. In dieser Beziehung spielen die gesellschaftlichen Einrichtungen eine selbständigere Rolle als bei der Pflege; im Bereich des Schulwesens kann von einer Subsidiarität der staatlichen Erziehungstätigkeit gar nicht mehr die Rede sein.

Die Gestaltung der Pflegebedürfnisse und diejenige der Lern-

³⁷² Petri 64

³⁷³ Diese Tatsache veranlasst Quambusch (15) offenbar zur übertriebenen Feststellung, dass eine altruistisch aufgefasste elterliche Gewalt nicht über das Stadium der Idee hinausgekommen sei. Dies trifft zwar zweifellos in zahlreichen Fällen zu, die gegenwärtigen Entwicklungen beweisen jedoch das Gegenteil. Auch gilt es zu beachten, dass gerade diese rückständigen, betont autoritären Erziehungsmethoden sehr schichtenspezifisch auftreten (vgl. hierzu Kühn 343 ff.).

³⁷⁴ Die Aufnahme von Pflegekindern bedarf immerhin einer Bewilligung und untersteht der Aufsicht, vgl. Art. 316 ZGB und im Detail die Pflegekinderverordnung (SR 211.222.338).

oder Erziehungsbedürfnisse des Kindes beeinflussen einander wechselseitig und bilden zusammen die Grundlage seiner Persönlichkeitseentwicklung. Wünschenswert ist daher eine vernünftige Verknüpfung von Pflege und Erziehung. Das geeignetste Forum hierfür stellt die Familie dar, die allerdings oft auf die Hilfe gesellschaftlicher Institutionen angewiesen ist: für die Pflege bei Krankheit zum Beispiel bedarf es medizinischer Hilfe, die Erziehung wird stark durch die Schule beeinflusst usw. Die Integration von Pflege und Erziehung in der Familie wird durch die professionelle Ausübung dieser Aufgaben in anderen gesellschaftlichen Einrichtungen immer wieder zur Diskussion gestellt, oft vielleicht sogar gefährdet. Entscheidend ist darum die politische und rechtliche Anerkennung der Leistungen der Familie. Die Familie als Keimzelle des Staates muss gefördert und durch die sozialen Einrichtungen so ergänzt werden, dass sich eine optimale Verbindung von Pflege und Erziehung ergibt.

3. Die soziale Stellung des Kindes hat also gegenüber früher spürbare Veränderungen erfahren. Pflege und Erziehung sind vermehrt auf die Erlangung der Selbständigkeit des Kindes, einer gewissen Durchsetzungskraft und der Fähigkeit zur Sozialisation und Assimilierung ausgerichtet. Im Mittelpunkt stehen zunehmend die Entfaltung der Persönlichkeit des Kindes und die Berücksichtigung seiner besonderen Interessen, solange es seinen eigenen Willen nicht genügend zu artikulieren und auch rechtlich durchzusetzen vermag.

II. Schweizerische Rechtsentwicklung

1. Interdependenz zwischen rechtlicher und gesellschaftlicher Entwicklung

Die Entwicklung der rechtlichen und diejenige der sozialen Stellung des Kindes sind voneinander gegenseitig abhängig. Das Recht muss laufend den fortschreitenden gesellschaftlichen Entwicklungen angepasst werden. Diese Anpassungen erfolgen jedoch gerade im Bereich von Kodifikationen oft mit erheblicher Verspätung, so dass bisweilen unliebsame Diskrepan-

zen entstehen können. Andererseits kann aber auch eine Neuregelung des Kindesrechts der Entwicklung der sozialen Stellung des Kindes neue Impulse verleihen.

Diese Wechselwirkungen zeigen sich sehr eindrücklich bei der Entwicklung des Kindesrechts des schweizerischen ZGB, welche einerseits durch soziale Forderungen vorangetrieben wurde, andererseits durch die Kodifikation sozialer Gegebenheiten wesentlich zur Festigung gesellschaftlicher Entwicklungen beigetragen und ihnen in beschränktem Rahmen sogar vorgegriffen hat. Der schweizerische Gesetzgeber ist bisher - wie sich im folgenden weisen wird - der Aufgabe jeder Rechtsordnung nachgekommen und versucht, die Kinder in ihrer Wehrlosigkeit zu schützen und ihnen durch geeignete Massnahmen eine optimale körperliche und geistige Entwicklung zu ermöglichen.

2. Das Kindesrecht von 1907

A. Das Kindeswohl als allgemeine Maxime des alten Kindesrechts?

Untersucht man die Materialien zum ZGB auf die Verwirklichung des Kindeswohls in der Kodifikation hin, so gewinnt man einen ersten, oberflächlichen Eindruck, dass für den Gesetzgeber die Wahrung des Wohles der Kinder nicht gerade im Vordergrund gestanden hat. Nur sehr selten taucht das Kindeswohl zum Beispiel in den Diskussionen der Expertenkommission auf, wobei meistens dieselben Experten diesen Gesichtspunkt aufwerfen. Viel ausgiebiger beschäftigten sich die Experten mit den Interessen der Eltern und der Lösung des Interessenkonfliktes zwischen Vater und Mutter bei der Ausübung der elterlichen Gewalt - einer Materie, bei der sich gerade die Kindesinteressen als entscheidendes Kriterium anerbieten hätten! In der Botschaft des Bundesrates von 1904 ist sogar nirgends vom Kindeswohl die Rede³⁷⁵, auch der Bundesrat befasste sich in erster Linie mit den Interessen von Vater und Mutter. So begründete er zum Beispiel die Möglichkeit der Anfechtung der

³⁷⁵ BB1 1904 IV 1 ff. Der Terminus kommt zwar in Art. 295 des Entwurfes, nicht aber in den Erläuterungen des Bundesrates vor.

für das Kind nachteiligen Anerkennung nicht etwa mit der Wahrung des Kindeswohls, sondern mit der Rücksicht auf das "Recht der Mutter am Kinde"³⁷⁶!

Selbst in den Erläuterungen des Gesetzesredaktors zum Vorentwurf ist nicht viel von den Interessen des Kindes die Rede. Eugen Huber stellt darin etwas untertreibend fest, dass das neue Kindesrecht im Vergleich zu den überkommenen Anschauungen der alten kantonalen Rechte nicht viel mehr zu bieten hätte³⁷⁷. Immerhin aber anerkennt er an anderer Stelle als allgemeinen Grundsatz des Entwurfs, dass jedes berechnigte Interesse rechtlichen Schutz erfahren soll³⁷⁸. Das Bedürfnis des Kindes nach Wahrung seines Wohles hat Huber offenbar als ein solches berechnigtes Interesse betrachtet, hat er doch die Stellung des Kindes durch wesentliche Neuerungen merklich zu verbessern versucht. Diese grossen Fortschritte im Bereich des Kindesrechts haben Liver zur Feststellung veranlasst, dass das ZGB von 1907 "die Wahrung des Wohles der Kinder in der Regelung aller es berührenden Verhältnisse zum unbedingten Gebot gemacht" habe, obwohl noch einige Schlacken des alten Rechtszustandes bestehen geblieben seien³⁷⁹.

Im folgenden soll nun anhand der Materialien untersucht werden, wie stark sich der Gesetzgeber bei den einzelnen Bestimmungen vom Gedanken des Kindeswohls hat leiten lassen, ob also das Kindeswohl tatsächlich schon im alten ZGB den Charakter einer Maxime hatte. Dabei gilt es natürlich zu beachten, dass der Kindeswohlbegriff jener Zeit mit dem heutigen keineswegs identisch ist, sondern dass er durch den Wandel der Anschauungen und der Interpretationsphasen in der Zwischenzeit selbst eine grosse Entwicklung durchgemacht hat³⁸⁰.

³⁷⁶ BBl 1904 IV 39 (vgl. aArt. 305 Abs. 1 ZGB)

³⁷⁷ Huber, Erläuterungen I 237

³⁷⁸ Huber, Erläuterungen I 27

³⁷⁹ Liver, Einleitung N 102

³⁸⁰ vgl. dazu vorn 126 ff.

B. Elterliche Gewalt

a) Inhalt der elterlichen Gewalt im allgemeinen

Aus den Materialien zur elterlichen Gewalt ergibt sich zwar immer wieder, dass sich der Gesetzgeber von 1907 bei zahlreichen Fragen mit dem Kindeswohl befasst hat und durchaus gewillt war, die besonders schwache Stellung des Kindes mit Regelungen zu dessen Gunsten auszugleichen. Wo jedoch Kindes- und Elterninteressen einander gegenüberstanden, wurde regelmäßig den letzteren der Vorrang eingeräumt wohl in der Meinung, dass, was dem Kindeswohl entsprechen soll, nicht den Elterninteressen zuwiderlaufen könne. Auf die subjektiven Kindesinteressen, auf eine gewisse Selbstbestimmung des Kindes also, wurde um die Jahrhundertwende noch wenig Wert gelegt. Schon Eugen Huber fasste zwar die elterliche Gewalt als eine Art Fremdbestimmungsrecht³⁸¹ auf, wollte aber dieser Fremdbestimmung nur im Falle des Missbrauchs und nur zurückhaltend mit der Wahrung des Kindeswohls oder mit einem gewissen Mitspracherecht des Kindes Grenzen setzen.

Interessant ist in diesem Zusammenhang, wie man sich in der ständerätlichen Debatte gegen eine Mitwirkung des urteilsfähigen 16jährigen Kindes bei der elterlichen Entscheidung in wichtigen Angelegenheiten gewehrt hat³⁸². Ein interessantes Detail, welches über die damaligen Anschauungen einigen Aufschluss gibt, ist ferner die Umschreibung des allgemeinen Inhalts der elterlichen Gewalt: während in Art. 301 des Vorentwurfes von 1900 noch in Absatz 1 die Pflicht der Eltern zu Pflege und Erziehung und im zweiten Absatz die Pflicht der Kinder zu Gehorsam und Ehrerbietung erwähnt waren, wurde die Reihenfolge dieser Pflichten im bundesrätlichen Entwurf von 1904 umgekehrt! Obwohl die beiden Absätze gleichwertig sind,

³⁸¹ Der Begriff der Fremdbestimmung wird hier im Sinne von altruistischer Ausübung der elterlichen Gewalt verstanden; er kann m.E. auch frei von jeder Ideologie verwendet werden (anders offenbar in der deutschen Literatur, vgl. Kühn 331 oder Neuhaus 254).

³⁸² Vgl. das poitierte Votum Hoffmann in StenBull 1905, 1182. Jene Diskussion erinnert stark an die Debatten, die bei der Revision von 1976 über die Zustimmung des Kindes zum Besuchsrecht geführt wurden (vgl. hiezu Anm. 456).

sollte offenbar mit der Erstnennung der Pflichten der Kinder die Dominanz der Elternrechte hervorgehoben werden³⁸³.

b) Wahl des Vornamens

Schon die Vorentwürfe von 1896 (Art. 302 Abs. 2) und 1900 (Art. 305 Abs. 2) schützten die Kindesinteressen bei der Namensgebung durch die Eltern, indem sie dem Zivilstandsbeamten die Eintragung eines anstössigen Vornamens verboten. Das Kind soll nicht durch einen elterlicher Willkür entspringenden anstössigen Vornamen in seinem Fortkommen und in seinem sozialen Wohlergehen beeinträchtigt werden. Diese Regel hat dann allerdings nicht in die Kodifikation Eingang gefunden; sie wurde wegen ihrer relativ geringen Bedeutung auf dem Verordnungswege erlassen und hat heute noch als Art. 69 Abs. 2 ZStV Geltung. Vgl. dazu neuestens BGE 107 II 26 ff.

c) Züchtigungsrecht der Eltern

Nach Art. 303 des Vorentwurfes von 1896 (Vorentwurf 1900: Art. 306) sind die Eltern befugt, die zur Erziehung der Kinder nötigen Züchtigungsmittel anzuwenden. Diese Vorschrift gab weder in der Expertenkommission noch in den eidgenössischen Räten Anlass zur Diskussion, sie ist unverändert als Art. 278 des ZGB von 1907 übernommen worden.

Gestrichen wurde hingegen im Ständerat derjenige Artikel, welcher ausdrücklich die Züchtigungsmittel des Familienhauptes gegenüber den Hausgenossen erwähnte. Die Bestimmung wurde als überflüssig betrachtet, denn - so der Berichterstatter der ständerätlichen Kommission - "in ein paar Ohrfeigen, die der Lehrmeister einem Lehrling steckt, (...) wird niemand etwas Unerlaubtes finden wollen..."³⁸⁴.

In der Frage des Züchtigungsrechts zeigt sich sehr eindrücklich der Wandel der Anschauungen im Laufe der Zeit. Während

³⁸³ Die Fassung von 1904 ist dann beibehalten worden, vgl. aArt. 275 ZGB. Interessant ist, dass anlässlich der Revision von 1976 die Reihenfolge wieder umgekehrt wurde (vgl. Art. 301 ZGB).

³⁸⁴ StenBull 1905, 1225

um die Jahrhundertwende das Züchtigungsrecht noch unbestrittenermassen als Ausfluss der elterlichen Gewalt betrachtet und nur gegen Fälle krassen Missbrauchs eingeschritten wurde, hat man bei der neuesten Revision des Kindesrechts die Bestimmung ersatzlos aus dem Gesetz gestrichen³⁸⁵. Dennoch wäre der Vorwurf an die Adresse des Gesetzgebers von 1907, er hätte mit der Aufnahme der Bestimmung über das Züchtigungsrecht den Kindesinteressen zuwidergehandelt, fehl am Platz. Denn dass die körperliche Züchtigung ganz dem Interesse des Kindes an einer guten Erziehung und somit dem Kindeswohl entspricht, war zu Eugen Hubers Zeiten nicht nur allgemein im Volk verankert, sondern auch in der damaligen Psychologie herrschende Auffassung. Erst in den letzten Jahrzehnten wurden Stimmen laut, wonach ein Züchtigungsrecht der Eltern in jeder Form dem Kindeswohl widerspricht und mithin jede körperliche oder seelische Züchtigung dem Kind Schaden zufügt³⁸⁶. Der Gesetzgeber von 1907 hat also mit der Bestimmung in aArt. 278 ZGB die Kindesinteressen nicht verletzt, weil der damalige Kindeswohlbegriff in bezug auf das Züchtigungsrecht ein anderer war. Erst mit der Aenderung der sozialwissenschaftlichen Erkenntnisse hat sich auch der Begriff des Kindeswohls hinsichtlich der Frage der Züchtigung gewandelt.

d) Berufswahl

Gemäss der Endfassung in aArt. 276 ZGB erfolgt die berufliche Ausbildung der Kinder nach den Anordnungen der Eltern, wobei auf körperliche und geistige Fähigkeiten sowie auf die Neigungen der Kinder Rücksicht zu nehmen ist. Gewisse kantonale Rechte (so Luzern und Aargau) gewährten dem Kind ein Rekursrecht, wenn seine Interessen nicht genügend gewahrt wurden. Eugen Huber sollte diese Möglichkeit allerdings nicht in den Entwurf übernehmen, weil das Kind in der Berufswahl seiner Meinung nach genügend geschützt ist, wenn die Eltern in der

³⁸⁵ Dabei wurde jedoch betont, dass die Streichung auf die materielle Rechtslage keinen Einfluss habe, da ein gewisses Züchtigungsrecht ohnehin in der elterlichen Gewalt enthalten sei (vgl. Prot. SRK 167, 172 f.). Vgl. dazu auch hinten 203 f.

³⁸⁶ dazu u.a. Petri 64 f., Münder/Kühn 106 f., Kühn 365 ff.

Ausübung der Gewalt unter der Kontrolle der Vormundschaftsbehörde stehen³⁸⁷. Auch die Expertenkommission und die beiden Räte sahen in dieser Kontrolle offenbar einen genügenden Schutz der Kindesinteressen. Immerhin fand aber die Mehrheit der Experten, dass den Eltern mit einem Hinweis auf die Neigungen des Kindes klar gesagt werden solle, dass sie bei der Berufswahl in erster Linie auf die Wünsche des Kindes Rücksicht zu nehmen hätten³⁸⁸. Damit wurde dem elterlichen Bestimmungsrecht zugunsten der Kindesinteressen eine deutlichere Schranke gesetzt.

C. Kindesschutz

Der Wille des Gesetzgebers, für das Kindeswohl zu sorgen, kommt wohl am besten darin zum Ausdruck, dass er innerhalb des Eltern-Kind-Verhältnisses für den Fall erheblicher Gefährdung des Kindes - unabhängig vom schuldhaften Verhalten der Eltern³⁸⁹ - im Sinne einer Notbremse Kindesschutzmassnahmen vorsah. Wenigstens bei akuter Gefährdung des Kindeswohls sollten also die Kindesinteressen vor denjenigen der Eltern Vorrang haben.

Bereits der Vorentwurf von 1896 sah in Art. 308 und 310 ff. Massnahmen zum Schutze des Kindes vor; jene Artikel entsprachen weitgehend den Bestimmungen in aArt. 283 und 285 ff. ZGB. In Art. 309 des Vorentwurfs von 1896 (= Art. 312 des Vorentwurfs von 1900) wurde vorgesehen, dass bei hartnäckigem, böswilligem und unüberwindlichem Widerstand des Kindes gegenüber den Eltern letztere zur Not die Verbringung in eine Besserungsanstalt verfügen könnten. Wenn also die Eltern mit ihrer Erziehung versagt hatten, hätten sie sich aufgrund dieser Bestimmung der unliebsam gewordenen Kinder einfach durch eine Einweisung in eine Anstalt entledigen können. Diese Bestimmung ist in der Folge zwar nicht aus dem Gesetz verschwunden

³⁸⁷ ProtExpK I 278

³⁸⁸ vgl. die Voten Gmür und Rossel, ProtExpK I 278

³⁸⁹ Vgl. Hegnauer N 100 zu aArt. 283 ZGB, in diesem Sinne schon Nationalrat Bühlmann (StenBull 1905, 752) und Ständerat Hoffmann (StenBull 1905, 1182).

(vgl. aArt. 284 ZGB), aber wesentlich zugunsten des Kindes gemildert worden³⁹⁰. Nach der Fassung von aArt. 284 ZGB hatten die Eltern nämlich keinen Anspruch mehr, sich nach ihrem Gutdünken ihres Kindes zu entledigen³⁹¹. Eine Versorgung der Kinder kam nicht einfach schon bei "böswilligem und hartnäckigem Widerstand" gegenüber den Eltern in Frage, sondern erst, wenn das Kind in seinem leiblichen oder geistigen Wohl dauernd gefährdet war³⁹². Ausserdem wurde als Unterbringungsort neben der Anstalt in erster Linie die geeignete Fremdfamilie genannt, wo das Wohl des betreffenden Kindes in der Regel besser gewahrt werden kann.

Dass durch die Kindesschutzmassnahmen die Kinder vor ihren Eltern und nicht umgekehrt geschützt werden sollen, kam auch in den Beratungen des Nationalrates zum Ausdruck. Zur effizienten Wahrung des Wohls von Arbeiterkindern in Industriezentren wurde von Nationalrat Scherrer ein Antrag zur Errichtung von speziellen Tageskinderkrippen gestellt. Diese hätten rein prophylaktische Funktion gehabt und für Eltern eine Erleichterung, für die Kinder eine Förderung ihres Wohls bringen sollen³⁹³. Der Antrag wurde zwar aus praktischen Gründen abgelehnt, zeigt aber, dass sich der Gesetzgeber ernsthaft mit der Wahrung des Kindeswohls befasst hat.

D. Kinderzuteilung bei Scheidung und Trennung

Ueber die Zuteilung der elterlichen Gewalt bei Scheidung existierten in den kantonalen Rechten vor 1907 die verschiedensten Regelungen. In gewissen Kantonen bestand das Zuteilungskriterium im Verschulden der Ehegatten, in andern Kantonen war das Alter oder das Geschlecht der Kinder, zum Teil auch nur das Kindeswohl massgebend, während einige Rechte überhaupt auf eine Wegleitung verzichteten und lediglich feststellten, dass der Richter beim Aussprechen der Scheidung über

³⁹⁰ Die Aenderungen gehen bereits auf den Antrag Lang in der Expertenkommission zurück (ProtExpK I 284).

³⁹¹ Hegnauer N 24 zu aArt. 284 ZGB

³⁹² vgl. aArt. 284 Abs. 1 ZGB, Hegnauer N 29 zu aArt. 284 ZGB

³⁹³ StenBull 1905, 745, 750 f., 870 ff.

die Gestaltung der Elternrechte zu entscheiden habe³⁹⁴.

Die letztere Lösung wurde auch im Vorentwurf übernommen, sie entspricht der heute geltenden Fassung von Art. 156 Abs. 1 ZGB. Bereits in der Expertenkommission sind zwei Anträge von Ständerat Hoffmann abgelehnt worden, welcher ausdrücklich das Kindeswohl als Entscheidungsgrundlage im Gesetz festhalten wollte³⁹⁵. Die ablehnende Haltung der Kommissionsmehrheit ist jedoch nicht als Absage an das Kindeswohl zu werten, auch wenn einzelne Experten lieber das Verschulden der Ehegatten als Kriterium gesehen hätten. Man wollte vielmehr von einer Direktive an den Richter absehen, weil eine solche überflüssig gewesen wäre. Denn es war für den Gesetzgeber selbstverständlich, dass der Richter bei der Ausübung seines Ermessens in erster Linie das Wohl des Kindes berücksichtigen würde³⁹⁶.

E. Kindeswohl und aussereheliches Kindesverhältnis

a) Allgemein

Aus heutiger Sicht mag die rechtliche Diskriminierung des ausserehelichen Kindes - wie sie sie das alte Kindesrecht des ZGB noch darstellte - nicht mit der Absicht des Gesetzgebers vereinbar sein, möglichst weitgehend die Kindesinteressen zu berücksichtigen und das Kindeswohl zu wahren. Allein mit dieser Folgerung erläge man jedoch einem Trugschluss. Denn gerade das Ausserehelichenrecht des ZGB von 1907 brachte gegenüber dem vorangehenden Rechtszustand derart grosse Fortschritte, dass mit Fug von einer Rechtssetzung zugunsten des Kindeswohls gesprochen werden kann, auch wenn die gefundenen Regelungen in heutiger Zeit schon wieder weitgehend überholt sind. Die bis 1912 geltenden kantonalen Rechte kannten zwar alle das Kindesverhältnis des ausserehelichen Kindes³⁹⁷ zur Mutter, je-

³⁹⁴ vgl. Huber, System I 219 ff.

³⁹⁵ ProtExpK I 136 f. (nachträglich abgelehnt S. 153), 151 ff. Im Nationalrat wurde ein analoger Antrag Hohenstein abgelehnt, StenBull 1905, 645 und 649.

³⁹⁶ Huber in ProtExpK I 137; Hoffmann in StenBull 1905, 1079

³⁹⁷ In einigen Quellen aus dem letzten Jahrhundert ist noch vom "Unflatskind" die Rede!

doch nur teilweise auch zur mütterlichen Verwandtschaft, während seine Begründung zum Vater oft gar nicht möglich war³⁹⁸. Das aussereheliche Kind trug also nicht nur schwer am Makel seiner Geburt, sondern wurde auch noch in der Rechtsordnung empfindlich zurückgesetzt. Diese Zustände wollte der Gesetzgeber beseitigen oder wenigstens verbessern, indem er dem ausserehelichen Kind die Rechtsstellung verlieh, die seiner natürlichen Abstammung entspricht. Er realisierte dabei die völlige Gleichstellung gegenüber der Mutter (auch im Verhältnis zur Verwandtschaft, zum Erb- und Familienrecht) und die Gleichstellung gegenüber dem Vater wenigstens in einigen Fällen gesicherter Abstammung. Durch die Tatsache der Geburt allein sollte die Gleichstellung der ausserehelichen Kinder nicht beschränkt werden, sondern nur durch den Schutz der legitimen Ehe und ihrer Kinder³⁹⁹.

Diese Lösung des ZGB war sehr mutig; sie bedeutete angesichts der damaligen Gegebenheiten einen grossen Fortschritt in Richtung Verwirklichung des Kindeswohls. Allerdings gab es schon damals Parlamentarier, welche im neuen Ausserehelichenrecht immer noch eine zu grosse und ungerechtfertigte Benachteiligung unehelicher Kinder erblickten. Im Nationalrat trat insbesondere Prof. Zürcher für einen weitergehenden Schutz des ausserehelichen Kindes ein. Aber alle seine für die Mehrheit der Parlamentarier zu fortschrittlichen Anträge, von denen heute ein Teil seit der Revision von 1976 realisiert ist, wurden damals wuchtig verworfen⁴⁰⁰.

b) Verbot der Anerkennung des Ehebruch- und des Blutschandekindes

Am meisten Anlass zur Diskussion hat in den Beratungen zum Kindesrecht die Frage gegeben, ob die Anerkennung des Ehebruch- und des Blutschandekindes verboten werden soll oder nicht. Das Anerkennungsverbot musste bis zur Aufnahme ins Gesetz einen wahren Zickzackkurs durchlaufen: in den Vorentwür-

³⁹⁸ Huber, Erläuterungen I 239

³⁹⁹ StenBull 1905, 767 und 784 (Huber), 769 (Gottofrey), 1196 (Hoffmann); Huber, Erläuterungen I 239 f.

⁴⁰⁰ vgl. StenBull 1905, 767, 770 ff., 779, 828 ff.

fen von 1896 und 1900 wurde es absichtlich nicht von den romanischen Kantonen übernommen. Eugen Huber fand es entbehrlich und wies darauf hin, dass es auch von mehreren Kantonen in der Vernehmlassung ausdrücklich abgelehnt worden sei⁴⁰¹. In der Expertenkommission wurde ein Antrag, es wiederum ins Gesetz aufzunehmen, mit starker Mehrheit verworfen⁴⁰². In der nationalrätlichen Kommission wurde das Anerkennungsverbot erneut in den Gesetzestext eingefügt. Ein Streichungsantrag Zürcher, welcher möglichst viele Kinder vor den Nachteilen rechtlicher Vaterlosigkeit schützen wollte, wurde von der grossen Kammer abgelehnt⁴⁰³. Auch im Ständerat war das Anerkennungsverbot heftig umstritten, weil es gegen bestehende Moral und neue soziale Erkenntnisse verstosse (Ständerat Richard). Wörtlich führte Richard aus: "Ce qui me préoccupe avant tout (...), c'est l'intérêt de l'enfant, intérêt majeur qui doit primer tous les autres et qui doit dicter les dispositions à prendre."⁴⁰⁴ Auch Ständerat Scherrer war der Ansicht, dass vom Standpunkt des Kindes aus nicht einzusehen sei, warum in bezug auf die incestuosi und adulterini anders als mit andern unehelichen Kindern verfahren werden sollte; Scherrer beantragte deshalb Streichung des eine Ungleichheit schaffenden Anerkennungsverbots. Die Mehrheit des Rates fand jedoch, in dieser Frage müsse der Schutz von Ruhe, Ehre und Frieden der Familie höher bewertet werden als das Kindeswohl. Das Anerkennungsverbot wurde trotz heftigen Widerspruchs aus der falschen Vorstellung heraus aufrechterhalten, der Anerkennende müsse das Kind in seinen ehelichen Haushalt aufnehmen und damit seine Familie gefährden⁴⁰⁵. Es brauchte in der Folge noch weitere sieben Jahrzehnte, bis auch diese, in aArt. 304 ZGB kodifizierte und zum Teil auf einen Irrtum zurückzuführende Schlacke überalterter Rechtszustände beseitigt werden konnte.

⁴⁰¹ Huber, Erläuterungen I 264

⁴⁰² ProtExpK I 298 f.

⁴⁰³ StenBull 1905, 770 ff.

⁴⁰⁴ StenBull 1905, 1201

⁴⁰⁵ StenBull 1905, 1201 ff. und 1270 ff.; Hegnauer in SJZ 1968, 164. Eine gewisse Auflockerung des Anerkennungsverbots erfolgte mit der Aenderung der Rechtsprechung in BGE 95 I 384 ff., indem das Bundesgericht eine grosszügigere Auslegung befürwortete.

F. Zusammenfassung: Das Kindeswohl als Leitsatz des Gesetzgebers von 1907

Der Gesetzesredaktor Eugen Huber hat es in allen seinen Publikationen unterlassen, die Wahrung des Kindeswohls ausdrücklich als Ziel des neuen Kindesrechts zu proklamieren. Dennoch kann aus dem aus seiner Feder stammenden Kodifikationsentwurf entnommen werden, dass er sich bei zahlreichen Lösungen vom Gedanken des Kindeswohls leiten liess. Der Vorentwurf insgesamt kam im Vergleich zum alten Rechtszustand schon sehr weit den Kindesinteressen entgegen. Auch in den Erläuterungen wie in seinen Aeusserungen in der Expertenkommission und im Nationalrat liess Eugen Huber durchblicken, welch zentrales Anliegen ihm bei der Schaffung eines neuen Kindesrechts die Wahrung des Kindeswohls war. Wenn man von einzelnen Ausnahmen wie etwa derjenigen des Anerkennungsverbots absieht, brachten alle wesentlichen Neuerungen im Kindesrecht direkt oder indirekt eine Besserstellung des Kindes. Ohne sich auf Schlagworte zu fixieren, hat Eugen Huber also mit den grossen Fortschritten im Kindesrecht sehr effizient dem Wohl der Kinder gedient. In der Expertenkommission wurden sodann zahlreiche weitere Vorstösse angenommen, welche auf irgendeine Art die Kindesinteressen wahren wollten. Zuletzt brachten auch noch die parlamentarischen Kommissionen und die legislativen Räte selbst weitere für das Kind günstige Aenderungen ins Gesetz, wenngleich in diesen Gremien des öftern Vorstösse am Konservatismus gewisser Parlamentarier scheiterten. Dennoch hat der ständerätliche Berichterstatter Hoffmann mit Recht konstatiert, dass der Entwurf von der Idee der Wahrung des Kindeswohls ausgegangen ist und dass von diesem Gedanken alle be-seelt waren, welche sich mit der Materie beschäftigten⁴⁰⁶. Der Gesetzgeber von 1907 hat sich zwar die Wahrung des Kindeswohls nicht gerade zum "unbedingten Gebot"⁴⁰⁷ gemacht - es hätten sonst auch aus damaliger Sicht einige Bestimmungen, vor allem im Ausserehelichen- und im Adoptionsrecht, anders ausfallen müssen -, das Kindeswohl war aber schon 1907 unübersehbar ei-

⁴⁰⁶ StenBull 1905, 1203

⁴⁰⁷ so Liver, Einleitung N 102

ner der Leitgedanken bei der Gesetzgebung.

3. Das Kindeswohl bei der Adoptionsrechtsnovelle von 1972

Im Laufe der Jahrzehnte seit Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches haben sich mit der Zeit Anschauungen und Geisteshaltung der Bevölkerung grundlegend geändert. Niemand würde wohl behaupten, dass die heutige Auffassung von Sitte und Moral mit derjenigen um die Jahrhundertwende identisch sei, niemand wird etwa die umwälzenden Fortschritte in Fragen der Erziehung verleugnen wollen. Mit zu diesen allgemeinen Entwicklungen beigetragen haben auch die Sozialwissenschaften, welche im Laufe der Zeit mit vielen neuen Erkenntnissen aufwarteten. Es ist deshalb nur verständlich, dass auch der heutige Kindeswohlbegriff nicht mehr mit dem früheren identisch ist. Denn all die Entwicklungen und neuen Erkenntnisse haben dazu beigetragen, dass man heute das Wohl der Kinder zum Teil anders beurteilt als vor 70 Jahren. Wenngleich man schon damals bestrebt war, dem Kindeswohl möglichst mit entsprechenden Rechtsnormen zu dienen, so sind später dort Reformen am Platz, wo nach neuerer Auffassung das Wohl der Kinder anders oder effizienter gewahrt werden muss. Die bisherigen Revisionen im Kindesrecht sind nun gerade dort erfolgt, wo das ZGB schon während seiner Entstehung kritisiert worden war, weil es das Kindeswohl nicht optimal wahre. Anlass zur ersten Reform gab deshalb das Adoptionsrecht, bei der zweiten Revision wurde dann vor allem das unbefriedigende Ausserehelichenrecht in Angriff genommen.

Das Adoptionsrecht von 1907 hatte zwar zur Zeit seiner Entstehung einen grossen Fortschritt bedeutet, war doch das Institut der Kindesannahme zuvor nur wenigen kantonalen Rechtsordnungen bekannt⁴⁰⁸. Aus politischen Ueberlegungen durften deshalb nicht noch grössere Risiken in Kauf genommen werden, d.h. wesentliche Postulate bezüglich Verwirklichung des Kindeswohls konnten nicht auf Anhieb realisiert werden. Die Revision des

⁴⁰⁸ Huber, System I 410 ff.

Adoptionsrechts von 1972 war die Folge einer stetigen Rechtsentwicklung, welche ihren Ausgangspunkt schon im alten Recht des ZGB hatte⁴⁰⁹. Für den Gesetzgeber von 1972 war nun das Kindeswohl *die* Grundmaxime des gesamten Adoptionsrechts. Gleich in Art. 264 ZGB erhob er den Grundsatz, dass die Adoption dem Wohl des Kindes dienen müsse, zur ersten allgemeinen und zentralen Voraussetzung. Auch sämtliche übrigen Normen der Adoptionsrechtsnovelle sind am Leitgedanken des Kindeswohls orientiert und stets unter dem Gesichtspunkt dieser zentralen Voraussetzung zu betrachten^{410, 411}. Den Kindesinteressen wird im neuen Adoptionsrecht ganz klar der Vorrang eingeräumt. Der Gesetzgeber war diesmal nicht bereit, auf Kosten des Kindeswohls Konzessionen zugunsten der Interessen anderer Beteiligter einzugehen. Die Interessen der übrigen von der Adoption betroffenen Personen wie etwa diejenigen der leiblichen Eltern wurden nur dort berücksichtigt, wo eine Rücksichtnahme auf sie auch dem Kindeswohl entspricht bzw. den Kindesinteressen wenigstens nicht zuwiderläuft.

4. Das Kindeswohl im revidierten Kindesrecht von 1976

A. Grundgedanken des neuen Kindesrechts

Der siebente und der achte Titel des Zivilgesetzbuches sind - mit Ausnahme des bereits erneuerten Adoptionsrechtes - 1976 vollständig revidiert worden. Obwohl sich diese seit dem 1.1. 1978 in Kraft befindliche Aenderung in ihrem Aeusseren sehr harmonisch ins ZGB einfügen liess und auch in ihrem Inhalt weitgehend als logische Fortsetzung des Gedankenguts Eugen Hubers bezeichnet werden darf, hat sie doch ganz wesentliche, ja fast revolutionäre Fortschritte gebracht. Dass sich die an der Gesetzgebung beteiligten Experten und Parlamentarier den-

⁴⁰⁹ Eichenberger 143

⁴¹⁰ vgl. vorn 78 ff.; BBl 1971 I 1217; StenBull StR 1971, 719; StenBull NR 1972, 574

⁴¹¹ Wie sehr die materiellen Voraussetzungen, Wirkungen, Verfahrensbestimmungen und die Voraussetzungen zur Anfechtungsklage am Gedanken des Kindeswohls orientiert sind, wird bei Eichenberger 144 ff. sehr ausführlich dargelegt.

noch unentwegt befehlissigten, die Gesetzesnovelle als viel kleineren Schritt nach vorn und als weit weniger progressiv als das Kindesrecht von 1907 darzustellen⁴¹², ist wohl weniger falscher Bescheidenheit als vielmehr referendumpolitischen Ueberlegungen zuzuschreiben. Eine Revision konnte zwar 1976 in der Tat nicht so radikal ausfallen wie die vormalige Schaffung einer schweizerischen Kodifikation nach der vorangehenden kantonalen Rechtszersplitterung des letzten Jahrhunderts. Dennoch hat das neue Kindesrecht ganz entscheidende Neuerungen gebracht. Hauptziel der Revision war die Besserstellung des ausserehelichen Kindes⁴¹³: das Kind nicht miteinander verheirateter Eltern hat heute nach Feststellung der Vaterschaft weitgehend die gleiche Stellung wie ein Scheidungskind. Aber nicht nur das aussereheliche Kind stand bei der Revision im Vordergrund, mit dem neuen Kindesrecht wurde allgemein die Entfaltung und vermehrte Anerkennung der Persönlichkeit des Kindes angestrebt. Der Gesetzgeber hat der schwachen rechtlichen Stellung des Kindes Rechnung getragen, indem er in gewissem Masse seinen Willen und seine Selbstbestimmung respektiert und im übrigen zum Schutze des Kindes sämtliche Bestimmungen am Kindeswohl orientiert hat. Er hat sich bei der gesamten Revision von der eigentlichen Aufgabe eines Kindesrechts, nämlich der Wahrung des Kindeswohls leiten lassen⁴¹⁴. Dies bedeutet keinesfalls, dass andere Aspekte wie etwa die Berücksichtigung der Elterninteressen oder die Wahrung des Wohls der Familie unberücksichtigt geblieben sind; allein auch diese Faktoren sind in der Regel nur unter der zentralen Voraussetzung des Kindeswohls beachtet worden. Die ganze Revision ist also im Hinblick auf die Wahrung des Kindeswohls erfolgt (auch die Besserstellung der ausserehelichen Kinder entspricht natürlich den Kindesinteressen), das Kindeswohl

⁴¹² Statt vieler vgl. die Voten Hegnauer (Prot. SRK 22) und Barchi (Sten Bull NR 1975, 1729).

⁴¹³ Hegnauer, FS Guldener 128 ff. Die Ausmerzung der vorurteilsgeladenen Begriffe "ehelich" und "ausserehelich" geht auf eine Anregung in der Expertenkommission zurück (ProtExpK 510 f., Voten Lalive und Meier-Hayoz).

⁴¹⁴ vgl. etwa Hegnauer, FS Guldener 139; Prot. SRK 6 (Furgler); Prot. NRK 13 (Blunschy); StenBull NR 1975, 1730

muss als *die* Maxime des Gesetzgebers von 1976 bezeichnet werden. Ausdrücklich ist zwar vom Kindeswohl ausser im Adoptionsrecht von 1973 nur bei einzelnen Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses die Rede. Der achte Titel bildet eben das Hauptanwendungsgebiet der Kindeswohlformel, geht es doch dort um die bessere Wahrung des Kindeswohls durch Ordnung des Besuchsrechts, Ausbau des Unterhaltsrechts und verstärkten Schutz der Person und des Vermögens des Kindes. Allerdings sind auch alle übrigen Bestimmungen des Kindesrechts von der Kindeswohlidee beherrscht, selbst wenn nicht ausdrücklich darauf Bezug genommen wird. So erfolgte zum Beispiel die Regelung der Vaterschaftsklage nur unter der Prämisse, dass die Interessen des Kindes schutzwürdiger sind als diejenigen des Vaters⁴¹⁵. Ferner waren sich die Experten zum Beispiel darin einig, dass die Anfechtung der Anerkennung allein vom Kind her beurteilt werden soll⁴¹⁶, auch wenn diese gesetzgeberische Absicht im späteren Gesetzestext nicht wörtlich zum Ausdruck kam. Aus den Materialien ergibt sich auch, dass das Kindeswohl selbst bei Verfahrens- und Zuständigkeitsfragen eine wesentliche Rolle gespielt hat⁴¹⁷.

Obwohl sich die Expertenkommission gesamthaft wohl konsequenter an die Maxime des Kindeswohls gehalten hat, waren auch zahlreiche Vorstösse und Voten in den parlamentarischen Kommissionen und in den beiden eidgenössischen Räten von diesem Gedanken beseelt. Immerhin warnten einzelne Stimmen vor der Gefahr einseitiger Betrachtungsweise und vor einem zu weitgehenden Schutz der Kindesinteressen⁴¹⁸, gewisse Parlamentarier sträubten sich geradezu hartnäckig gegen jede weitere Anerkennung der Persönlichkeit des Kindes und damit auch gegen die Wahrung des Kindeswohls. Es wurde bisweilen die Befürchtung geäussert, dass das Kind im neuen Recht zu stark bevorzugt würde und berechnigte Interessen der Eltern allzu oft unberücksichtigt blieben⁴¹⁹. Diese skeptischen Stimmen waren

⁴¹⁵ Prot. SRK 240, Prot. NRK 53, 57

⁴¹⁶ ProtExpK 557

⁴¹⁷ vgl. z.B. die Voten Nägeli in ProtExpK 786, 830

⁴¹⁸ vgl. StenBull StR 1975, 107 (Arnold)

⁴¹⁹ So vor allem die Ständeräte Hefti (z.B. in Prot. SRK 343 oder StenBull

aber stets eindeutig in der Minderheit, so dass mit Fug festgestellt werden kann, dass die gesamte Gesetzgebungsarbeit am neuen Kindesrecht vom Gedanken der Wahrung des Kindeswohls getragen wurde. Das Kindeswohl war schon 1907 ein Leitgedanke des Gesetzgebers; bei den Revisionen von 1972 und 1976 ist es nun zur eigentlichen *Maxime der Rechtssetzung* geworden, indem der Gesetzgeber sämtliche Bestimmungen am Kindeswohl orientiert und alle übrigen Grundgedanken nur nach Massgabe des Kindeswohls berücksichtigt hat.

B. Kindeswohlbegriff des Gesetzgebers

Obwohl sich die überwiegende Mehrzahl der an der Schaffung der beiden Revisionen im Kindesrecht Beteiligten über die Befolgung und den Stellenwert der Kindeswohlmaxime grundsätzlich einig waren, wurde während der Vorarbeiten kaum über den Inhalt des Kindeswohls diskutiert. Eine Legaldefinition stand zu keiner Zeit zur Debatte, weil mit einer solchen ohnehin nichts gewonnen worden wäre. Aber auch bei den einzelnen Bestimmungen wurde fleissig mit dem Kindeswohl argumentiert, meist jedoch ohne vorerst abzuklären, was denn darunter eigentlich zu verstehen ist. Dies hat nicht selten dazu geführt, dass man sich einig war, eine Bestimmung unter Berücksichtigung des Kindeswohls abzufassen, dass aber schliesslich völlige Uneinigkeit darüber bestand, was nun im einzelnen dem Kindeswohl entspricht⁴²⁰. Nur selten wurde die entscheidende Frage aufgeworfen, wie denn das Kindeswohl in bezug auf ein bestimmtes Problem zu konkretisieren wäre. So hat zum Beispiel Grossen in der Expertenkommission festgestellt, dass es kein Instrument gebe, um das Kindeswohl zu messen, sondern dass die Begriffskonkretisierung weitgehend richterlichem Ermessen anheimgestellt sei⁴²¹. Hefti hingegen empfand das Kindeswohl als komplizierten Begriff, welcher am besten von den Eltern

StR 1975, 111) und Bourgknecht (z.B. in Prot. SRK 343), vgl. auch Eng in Prot. NRK 34.

⁴²⁰ Vgl. z.B. die Debatte in der nationalrätlichen Kommission über das Besuchsrecht und dessen Schranken (Prot. NRK 65-85).

⁴²¹ ProtExpK 1122/1123

festgelegt werden sollte, um eine Verstaatlichung des Kindeswohls zu verhindern⁴²². Der Kindeswohlbegriff als solcher wurde bei der Ausarbeitung des Gesetzes nie in Frage gestellt. Dies vermag um so mehr zu erstaunen, als in der Praxis vieles von der Konkretisierung des Begriffs abhängt. Aus dem Schweigen des Gesetzgebers muss geschlossen werden, dass er auf jeden Fall das Beste für das Kind gewollt hat, dass er aber auf eine allgemeine Umschreibung des Kindeswohlbegriffs bewusst zugunsten einer durch den jeweiligen Adressaten (Behörden, Eltern) im Einzelfall vorzunehmenden Konkretisierung verzichtet hat. Eine der wenigen Stellungnahmen in den Materialien, die sich mit dem Inhalt des Kindeswohlbegriffs befassen, stammt vom französischsprachigen Berichterstatter im Nationalrat⁴²³: "...la notion du 'bien de l'enfant' n'est pas absolue mais varie selon l'évolution de la vie sociale, selon les régions, les traditions, les moeurs, les milieux etc. Il en ressort que l'unanimité la plus complète existe lorsqu'il s'agit d'axer la revision du droit de la filiation sur le principe et la notion abstraite du bien de l'enfant, mais dès qu'il faut concrétiser cette notion, des différences d'opinion se produisent et émergent." Diese Ausführungen stehen mit den in dieser Arbeit gefundenen Folgerungen in Einklang: eine allgemeine Konkretisierung des Kindeswohlbegriffs ist angesichts des grossen Anwendungsbereichs nicht möglich und wäre wegen der gewollten Flexibilität auch keineswegs erwünscht. Die Vorteile des Begriffs vermögen die allgemeinen Nachteile einer Generalklausel mindestens aufzuwiegen, in den Vorberatungen zum neuen Gesetz wurden auch keine Bedenken bezüglich der Gefahren einer Generalklausel angebracht.

Nicht überall hat der Gesetzgeber die Kindeswohlentscheidung den Behörden bzw. den Eltern überlassen. Bei gewissen Fragen hat er die Begriffskonkretisierung gleich selbst vorgenommen; eine Berücksichtigung des Einzelfalles ist dann ausgeschlossen⁴²⁴.

⁴²² Prot. SRK 111/112

⁴²³ StenBull NR 1975, 1730 (Barchi)

⁴²⁴ vgl. vorn 124 f.

Weil die vermehrte Anerkennung der Persönlichkeit des Kindes ein wichtiges gesetzgeberisches Anliegen war, ist dem Willen des Kindes besondere Aufmerksamkeit geschenkt worden, wenn- gleich auch die Wünsche des Kindes stets nur unter dem objek- tivierten Gesichtspunkt des Kindeswohls zu beachten sind⁴²⁵.

Auch auf die Bedeutung der Sozialwissenschaften bei der in- haltlichen Bestimmung des Kindeswohls ist bereits in anderem Zusammenhang hingewiesen worden⁴²⁶.

C. Berücksichtigung des Kindeswohls im einzelnen

Im folgenden soll nun anhand der Materialien zu einzelnen Be- stimmungen des achten Titels des ZGB gezeigt werden, wie sehr das Kindeswohl bei der Rechtssetzung im Vordergrund gestanden hat. Dabei genügt die Beschränkung auf einige Details, da die inhaltliche Differenzierung des Kindeswohlbegriffs in seinen verschiedenen Anwendungsgebieten bereits im 1. Teil dieser Arbeit (S. 48 ff.) eingehend vorgenommen wurde.

a) Familienname und Heimat

Bei der Bestimmung des Familiennamens und des Bürgerrechts des Kindes stand das Kindeswohl ganz im Vordergrund, indem der Gesetzgeber darauf achtete, dass möglichst keine hinder- lichen Unterschiede zwischen dem Kind und dem Inhaber der el- terlichen Gewalt bestehen.

Das Kind miteinander verheirateter Eltern erhält wie nach al- tem Recht deren Familiennamen und Bürgerrecht, welche sich nach Eherecht und Bürgerrechtsgesetzgebung bestimmen. Sind die Eltern nicht miteinander verheiratet, so steht die elter- liche Gewalt grundsätzlich der Mutter zu (Art. 298 Abs. 1 ZGB). Das Kind erhält dann auch folgerichtig den mütterlichen Fami- liennamen und das Bürgerrecht seiner Mutter (Art. 270 Abs. 2 und 271 Abs. 2 ZGB). Das Interesse des Kindes an einer Namens- identität mit der Mutter, bei der es regelmässig aufwächst, geht also den Interessen des Vaters und gegebenenfalls auch

⁴²⁵ dazu vorn 121

⁴²⁶ vorn 128 ff.

denjenigen des Ehemannes der Mutter vor⁴²⁷. Selbst wenn der Vater mit der Mutter im Konkubinat lebt und die Eltern aus irgendwelchen Gründen auf eine an sich mögliche Heirat verzichten, soll das Kind den mütterlichen Familiennamen beibehalten. Eine Namensänderung in denjenigen des Vaters ist dann nämlich im Interesse des Kindes abzulehnen, weil die Verbindung der Eltern zu unsicher ist und das (unter der elterlichen Gewalt der Mutter stehende) Kind nach einer Auflösung des Konkubinats mit dem väterlichen Familiennamen sehr benachteiligt wäre⁴²⁸. Ist die nicht mit dem Vater verheiratete Mutter allerdings nicht Inhaberin der elterlichen Gewalt und die Gewalt gemäss Art. 298 Abs. 2 ZGB dem Vater übertragen worden, so liegt es wiederum im Interesse des Kindes, wenn ihm durch Namensänderung die Anpassung an den väterlichen Familiennamen erlaubt wird⁴²⁹. Und sobald diese bewilligt ist, erhält es ex lege auch das Bürgerrecht des Vaters (Art. 271 Abs. 3 ZGB), was wiederum seinem Wohl entspricht.

b) Besuchsrecht

Am intensivsten ist in den Gesetzesberatungen im Zusammenhang mit dem Besuchsrecht über das Kindeswohl diskutiert worden. Man war sich von Anfang an bewusst, welch grosses Unheil mit dem Besuchsrecht angerichtet werden kann. Andererseits bringt das Besuchsrecht auch häufig Vorteile für Kind und Eltern, so dass nicht einfach darauf verzichtet werden konnte⁴³⁰. Deshalb wurde es grundsätzlich beibehalten, gleichzeitig aber das Kindeswohl als oberstes Gesetz über das Besuchsrecht gestellt⁴³¹.

Die Frage, ob ein Besuchsrecht eingeräumt werden soll oder nicht, ist allein vom Kind her zu beurteilen. Der Gesetzgeber ging davon aus, dass persönliche Beziehungen des Kindes zu beiden Elternteilen grundsätzlich dem Kindeswohl entsprechen und dass gerade aussereheliche Kinder ein Interesse daran ha-

⁴²⁷ vgl. Prot. SRK 86 (Hausheer)

⁴²⁸ anders im Konkubinat mit Ehehindernis, vgl. vorn bei Anm. 217

⁴²⁹ vgl. ProtExpK 1019 (Degoumois)

⁴³⁰ Prot. SRK 100 (Hegnauer), Prot. NRK 17 (Furgler)

⁴³¹ Prot. SRK 100, 110 (Hegnauer), Prot. NRK 10 (Meier); StenBull NR 1975, 1730 (Barchi); vgl. nun auch BGE 107 II 302 ff.

ben, ihren Vater kennenzulernen⁴³². Allerdings muss die Frage, ob ein Besuchsrecht eingeräumt werden soll oder nicht, allein vom Kind her beurteilt werden. Nötigenfalls ist dies in einem kinderpsychiatrischen Gutachten abzuklären. Auf den Willen des Kindes ist besonders dann Rücksicht zu nehmen, wenn es urteilsfähig ist. Allgemein wurde nun in Art. 274 Abs. 2 ZGB die Bestimmung aufgenommen, dass das Besuchsrecht dann verweigert oder entzogen werden kann, wenn durch dessen Ausübung das Wohl des Kindes gefährdet wird⁴³³. Die ganze Regelung des persönlichen Verkehrs wurde also vom Wohl des Kindes her aufgebaut, das Besuchsrecht steht und fällt mit der Wahrung des Kindeswohls.

c) Inhalt der elterlichen Gewalt

- α) Im ersten Vorentwurf zum neuen Kindesrecht wurde der allgemeine Inhalt der elterlichen Gewalt folgendermassen umschrieben:

¹Den Eltern steht das Recht und die Pflicht der Obhut, der Ueberwachung und der Erziehung ihrer Kinder zu.

²Sie haben das körperliche, geistige und sittliche Wohl der Kinder zu fördern und zu schützen.

³Sie geben dem Kinde den Vornamen.

Diese Umschreibung der elterlichen Gewalt wurde schon in der Expertenkommission als zu traditionalistisch und patriarchalisch bezeichnet. Gefordert wurde eine Bestimmung, welche die heutigen Erkenntnisse der Kindererziehung und -pädagogik berücksichtigt. Insbesondere sollte der Persönlichkeitsschutz des Kindes mehr gewichtet und das Kind zu Mitwirkung und Mitverantwortung herangezogen werden⁴³⁴. Dieser Kritik trug der zweite Vorentwurf weitgehend Rechnung. Es wurde dazu festgehalten, dass die elterliche Gewalt ⁴völlig altruistisch im In-

⁴³² Prot. NRK 17 (Furgler), 69 (Bonnard)

⁴³³ Ständerat Hefti war im Gegensatz zur Kommissionsmehrheit der Auffassung, dass beim *ehelichen* Kind eine Einschränkung des Besuchsrechts "nicht schon bei blosser Gefährdung des Kindeswohls" (!) gerechtfertigt sei (Prot. SRK 7).

⁴³⁴ ProtExpK 672 (Deschenaux, Robert, Liesch), vgl. auch Prot. SRK 168

teresse des Kindes ausgeübt werden müsse. Den subjektiven Kindesinteressen zuwiderlaufende Massnahmen der Eltern seien solange zu tolerieren, als sie im Interesse der Familie erfolgten⁴³⁵. Denn was dem Wohl der Familie entspricht, dient letztlich auch der Wahrung des Kindeswohls. Nicht die subjektiven Interessen des Kindes sind massgebend, sondern die objektiven Kindesinteressen (= das Kindeswohl). Es wurde deshalb auch in Erwägung gezogen, den Inhalt der elterlichen Gewalt einfach mit dem Hinweis zu umschreiben, dass sie zum Wohle des Kindes ausgeübt werden und dass dabei das geistige Wohl des Kindes dem ökonomischen vorgehen müsse⁴³⁶. Diese Anregung ist nach Ueberwindung einiger Hindernisse in den parlamentarischen Kommissionen Gesetz geworden (Art. 301 Abs. 1 ZGB), allerdings ohne dass ein Aspekt des Kindeswohls besonders hervorgehoben wurde. Die verlangte Rücksicht auf die seiner Reife entsprechende Freiheit der Lebensgestaltung und die Meinung des Kindes ist in Art. 301 Abs. 2 ZGB kodifiziert worden.

- ß) Auch hinsichtlich der Berufswahl wurde der dem Gesetz in aArt. 276 Abs. 1 ZGB anhaftende patriarchalische Anstrich genommen. Im neuen Art. 302 Abs. 2 ZGB wird der subjektive Faktor, die Rücksicht auf die Neigungen und Wünsche des Kindes, stärker betont⁴³⁷. Elterliche Vorstellungen müssen dem Willen des Kindes weichen, sofern dieser bei den gegebenen körperlichen und geistigen Fähigkeiten voraussichtlich realisiert werden kann. Materielle Ueberlegungen dürften einer gewünschten Ausbildung nur selten im Wege stehen, weil für die Ueberbrückung finanzieller Engpässe in der Regel geeignete Institutionen wie Stipendienfonds, Jugendhilfe, Schulfonds, Kirche, Fürsorge usw. zur Verfügung stehen. Dass jeder Jugendliche eine seinen Fähigkeiten und Neigungen angemessene Ausbildung erhält, liegt schliesslich nicht nur im Interesse des Kindes, sondern der ganzen Gesellschaft.

⁴³⁵ ProtExpK 847 (Grossen)

⁴³⁶ vgl. ProtExpK 823 (Lalive, Grossen), 1316 (Lalive) und 1317 (Liesch)

⁴³⁷ ProtExpK 859 (Hegnauer). Hefti (Prot. SRK 7) fand es problematisch, die Entscheidungsbefugnis der Eltern bei der Berufswahl ihrer Kinder stärker einzuengen.

γ) Zur Diskussion Anlass gegeben hat im Zusammenhang mit der elterlichen Gewalt auch das Züchtigungsrecht der Eltern. Die ausdrückliche Erwähnung der Züchtigungsmittel wurde bei der Revision aus dem Gesetz gestrichen (vgl. aArt. 278 ZGB), was die Vermutung weckte, man wolle den Eltern jedes Züchtigungsrecht absprechen. Ständerat Bourgknecht warnte sogar vor den heutigen Tendenzen der Soziologen, Psychologen und "Pädagogietheoretiker" und befürchtete, inskünftig werde der Tatbestand von Art. 126 StGB (!) die Eltern an der nötigen Züchtigung ihrer Kinder hindern⁴³⁸. Bedenken aus dieser Richtung konnten jedoch durch den Hinweis zerstreut werden, dass in der elterlichen Gewalt gemäss Art. 301 ZGB auch die Befugnis zur Züchtigung des Kindes - soweit zu seiner Erziehung notwendig - enthalten sei⁴³⁹. Für das Ausmass der erlaubten Züchtigung gilt somit ebenfalls der Massstab des Kindeswohls. Es hat sich jedoch gerade auch in den Diskussionen über das Züchtigungsrecht gezeigt, dass die Meinungen weit auseinanderklaffen, was nun im Einzelfall dem Kindeswohl dienen soll. Die überlieferte und doch etwas überholte Auffassung, dass ein paar Ohrfeigen oder gar Fusstritte "noch keinem etwas geschadet haben"⁴⁴⁰, steht dabei der heute vor allem von Sozialwissenschaftlern gelegentlich vertretenen Ansicht gegenüber, dass jede Züchtigung dem Kindeswohl abträglich sei⁴⁴¹. Auch diese Frage muss im Sinne einer objektiven Konkretisierung des Kindeswohlbegriffs beantwortet werden (hinten 203 f.).

d) Kindesschutz

Bei den Kindesschutzmassnahmen wurde die Gefährdung des Kindeswohls ohne Widerspruch als Voraussetzung für einen Eingriff der Vormundschaftsbehörde akzeptiert (vgl. Art. 307 Abs. 1

⁴³⁸ Prot. SRK 172

⁴³⁹ vgl. Prot. SRK 167 (Hausheer), 172 (Furgler), 173 (Hegnauer); BBl 1974 II 77

⁴⁴⁰ Vgl. StenBull 1905, 1225. Der deutsche Bundesgerichtshof stellte in einem Urteil vom 25. September 1952 fest: "Eltern, die ihre 16jährige, sittlich verdorbene Tochter durch Kurzschneiden der Haare und Festbinden an Bett und Stuhl bestrafen, überschreiten nicht das elterliche Züchtigungsrecht" (NJW 1953, 1440 f.).

⁴⁴¹ vgl. Anm. 386 und 499

ZGB). Geeignete Massnahmen sollen dann getroffen werden können, wenn dies die Kindesinteressen dringend verlangen. Grundsätzlich keine Bedeutung kommt dabei dem Verschulden der Eltern zu. Ausserdem soll aus Rücksicht auf die kindliche Persönlichkeit auch das Kind selbst zu einem Begehren für die Wegnahme und Versorgung legitimiert sein⁴⁴².

⁴⁴² vgl. ProtExpK 682 (Schlatter), Art. 310 Abs. 2 ZGB

§ 5 Das Kindeswohl als Maxime der Rechtsanwendung

I. Die Kindesinteressen in der juristischen Literatur

1. Wie in § 4 ausführlich dargestellt wurde, ist das Kindeswohl zu einem eigentlichen Leitsatz der schweizerischen Rechtssetzung im Kindesrecht geworden. Schon die Schöpfer des Zivilgesetzbuches waren darauf bedacht, wo immer möglich dem Elternrecht die Kindesinteressen gegenüberzustellen und vor allem die Normen ausserhalb des Bereichs der elterlichen Gewalt so zu gestalten, dass das (nach damaligem Verständnis massgebende) Wohl des Kindes wirksam gewahrt wurde. Anlässlich der beiden Gesetzesrevisionen wurde dann die Wahrung des Kindeswohls als eigentliche Zielsetzung des Gesetzgebers noch deutlicher hervorgehoben. Das Kindeswohl ist damit zur unbestrittenen gesetzgeberischen Maxime im Kindesrecht geworden, sämtliche Normen sind an diesem Grundsatz orientiert.

Auch wenn das Kindeswohl bei der Gesetzgebung in der Schweiz und in vergleichbaren Zivilisationen spätestens seit der Jahrhundertwende eine nicht mehr wegzudenkende Rolle spielt, hat doch der Kindeswohlbegriff an sich erst in letzter Zeit seinen eigentlichen Aufschwung erlebt. Es handelt sich zwar nicht gerade um eine Erfindung der letzten Jahrzehnte - der Begriff taucht immerhin bereits in den Materialien zum ZGB von 1907 auf -, doch hat er seine heutige Bedeutung vorwiegend den Entwicklungen der neueren Gegenwart zu verdanken. Schuld an der heutigen Kindeswohleuphorie (im guten Sinne des Wortes zu verstehen!) ist in erster Linie der Strukturwandel, den die Gesellschaft in den letzten Jahrzehnten vor allem im innerfamiliären Bereich durchgemacht hat (Patriarchat → Gleichberechtigung in der Familie) und der ein verändertes Bewusstsein in bezug auf die Stellung und Rechtssubjektivität der Kinder mit sich gebracht hat. Mit diesen Umstrukturierungen und diesem Umdenken ist ein tiefgreifender Wandel der Sozialwissenschaften einhergegangen⁴⁴³, wobei auch in diesen Wissensgebieten die elementare Bedeutung des Kindeswohls für jeden einzelnen

⁴⁴³ Vgl. für das Beispiel der Psychiatrie den Aufsatz von R. Furger in ZVW 1975, 95 ff.

wie auch für die Gesellschaft zuerst "entdeckt" werden musste.

2. Die juristische Literatur konnte ebensowenig wie die Gesetzgebung an diesen Entwicklungen vorbeigehen. So hat denn das Kindeswohl schon in der frühen schweizerischen Rechtsliteratur dieses Jahrhunderts Beachtung gefunden, auch wenn die heutige Terminologie nicht von Anfang an übernommen wurde. Wegbereitend für die Einführung des Kindeswohlbegriffs in die schweizerische Rechtssprache war eigentlich erst Hegnauer im Berner Kommentar zum Verwandtschaftsrecht. In diesem Werk wird in verschiedenstem Zusammenhang immer wieder auf das Kindeswohl Bezug genommen, und zwar in einer für jene Zeit (sechziger Jahre!) originären Art und Weise⁴⁴⁴. Die Wahrung der Kindesinteressen als oberstes Ziel zieht sich wie ein roter Faden durch den ganzen Kommentar hindurch. Dass damit bei etlichen Bestimmungen der späteren Rechtsentwicklung entscheidend vorgegriffen wurde, mag als weiterer Hinweis dafür gelten, wie wegweisend dieser Kommentar für die Entwicklung der Rechtsfigur Kindeswohl sein musste.

Schon das alte Kindesrecht sprach zwar in aArt. 284 ZGB vom leiblichen und geistigen Wohl des Kindes; das Kindeswohl als eigentliche Rechtsfigur hat jedoch in der Schweiz erst mit dem Kommentar Hegnauer seine Bedeutung erlangt. Seit es nun als Grundgedanke beider Revisionen bezeichnet und vermehrt auch von der Gesetzessprache übernommen wurde, ist der Begriff heute kaum mehr aus der Kindesrechtsterminologie wegzudenken. Er wird nun praktisch in jeder Arbeit zum Kindesrecht verwendet, allerdings entsprechend seinem grossen Anwendungsbereich mit sehr unterschiedlicher Bedeutung. In der bisherigen Literatur wurde deshalb das Kindeswohl regelmässig nur in bezug auf einzelne Teilbereiche betrachtet: wenn zum Beispiel Henkel in seiner Dissertation der Konkretisierung von Wahrung und Gefährdung des Kindeswohls zwei ganze Kapitel widmet⁴⁴⁵, so geht es dabei natürlich nur um das in bezug auf Kindesschutz-

⁴⁴⁴ Vgl. z.B. die Begriffskonkretisierung anhand der Kasuistik in N 67 ff. zu aArt. 283 ZGB oder N 15 ff. zu aArt. 284 ZGB.

⁴⁴⁵ Henkel 5-43

massnahmen massgebliche Kindeswohl. Jorio konkretisiert den Begriff für die Ausübung der elterlichen Gewalt, Eichenberger untersucht das bei der Adoption massgebende Kindeswohl, Bühler/Spühler sehen das Kindeswohl durch die Brille des Scheidungsrichters usw. Dieses Vorgehen ist insofern gerechtfertigt, als sich das Kindeswohl ja nur im konkreten Einzelfall präzisieren lässt. Darüber hinaus aber vermisst man auch in der neueren Literatur eine umfassende Betrachtung des Kindeswohls im Sinne einer allgemeinen Rechtsmaxime. Auch wenn es für einzelne Fragen durchaus als Entscheidungskriterium akzeptiert ist, wird in der Regel der übergeordneten Funktion des Kindeswohls kaum Rechnung getragen. Die eigentliche Tragweite des Grundsatzes wird häufig verkannt, das Kindeswohl in den wenigsten Fällen in einen grösseren Zusammenhang gestellt und als Maxime des ganzen Kindesrechts oder gar des gesamten Unmündigenrechts betrachtet^{446, 447}.

3. Die vermehrte Beachtung des Kindeswohls hat in der neuesten juristischen Literatur zusehends zu einer Oeffnung hin zu den Sozialwissenschaften geführt. Diese Bereitschaft zum Dialog und zur Berücksichtigung der Erkenntnisse empirischer Wissenschaften beruht weitgehend auf der Einsicht, dass die Rechtslehre für eine Begriffskonkretisierung im Einzelfall allein doch nicht genügen kann und dass die Rechtsanwendung ohne Zuhilfenahme ausserrechtlicher Disziplinen dem mit dem Kindeswohlbegriff verbundenen gesetzgeberischen Auftrag nicht gerecht würde. Angesichts der Bedeutung der Sozialwissenschaften für die Konkretisierung des Kindeswohls stellt diese Entwicklung eine Notwendigkeit dar und ist deshalb sehr zu begrüssen. Letztlich bedeutet sie nämlich eine Abkehr von der ungerechtfertigten Ueberbetonung der Elterninteressen und ei-

⁴⁴⁶ Als Ausnahme vgl. z.B. Danzig, Kindeswohl 12.

⁴⁴⁷ Unter Unmündigenrecht werden hier alle Gebiete des öffentlichen und des Privatrechts verstanden, welche in irgendeiner Weise für das Schicksal des unmündigen Kindes entscheidend sind. Das Unmündigenrecht ist also umfassender als das Kindesrecht; weil gewisse Bestimmungen des letzteren jedoch ausschliesslich auf mündige bzw. entmündigte Personen Anwendung finden (z.B. Art. 266 ZGB betreffend Erwachsenenadoption), kann nicht vorbehaltlos von Ober- und Unterbegriff gesprochen werden. Vgl. auch den Hinweis in Anm. 338.

ne Hinwendung zu einer verstärkten Berücksichtigung der Persönlichkeitsrechte des Kindes.

II. Das Kindeswohl in der bisherigen Praxis des Bundesgerichts

1. Kinderzuteilung

- A. Schon kurz nach Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches hat das Bundesgericht in BGE 38 II 37 festgehalten, dass bei der Zuteilung der Kinder nach Art. 156 ZGB "in allererster Linie" das Kindesinteresse massgebend sei. Rücksichten auf die Gefühle der Eltern seien zwar nicht ausser acht zu lassen, fänden jedoch grundsätzlich erst in zweiter Linie Beachtung. Durch seine gesamte Rechtsprechung hindurch hat das Bundesgericht seither den Grundsatz der Wahrung des Kindeswohls als inhaltliche Konkretisierung des in Art. 156 ZGB vorgesehenen richterlichen Ermessensspielraumes beibehalten und entsprechend dem Wandel der Interpretationsmassstäbe den jeweils gegebenen Bedürfnissen angepasst. Kaum ein Entscheid wurde bisher im wesentlichen aufgrund anderer Kriterien gefällt, sondern das Kindeswohl ist stets als primärer oberster Grundsatz⁴⁴⁸ betrachtet worden. Das Bundesgericht hat sich bei seinen Entscheidungen in zunehmendem Masse von gefestigten sozialwissenschaftlichen Erkenntnissen leiten lassen, indem zum Beispiel regelmässig dem Stabilitätsprinzip Rechnung getragen wird. Auch die von Psychologen und Psychiatern geforderte generelle Mutterzuteilung von Kleinkindern wird ernstgenommen, wie etwa BGE 85 II 231 zeigt: ein vierjähriges Kind wurde der charakterlich angeschlagenen Mutter zugesprochen, weil überzeugende Gründe und auch ein Gutachten eines Eheberaters eine Mutterzuteilung als günstiger erscheinen liessen. Allerdings hat sich das Bundesgericht nicht auf einer sturen Rechtsprechung festgefahren. Denn es lässt nicht ausser acht, dass das Interesse eines vierjährigen Kindes gelegentlich auch eine Zuteilung an den Vater verlangen kann: in BGE 79 II 241 wurde zum Beispiel ein Kleinkind wegen moralischer Mängel der Mut-

⁴⁴⁸ so wörtlich die Entscheidung vom 7. Februar 1963 i.S. H./M.

ter seinem Vater zugesprochen.

In seinem Urteil vom 15. November 1979 i.S. B./U. hat das Bundesgericht zwar auch das Kindeswohl als Entscheidungsgrundlage für die Zuteilung der elterlichen Gewalt anerkannt, in der Folge jedoch das Wohl des Kindes durch die Bestätigung eines bereits unhaltbaren Urteils der Vorinstanz⁴⁴⁹ völlig missachtet: ein 9jähriges Mädchen wurde, nachdem es über 6 Jahre lang(!) "in äusserlich sehr guten Verhältnissen" in der Grossfamilie seines Vaters gelebt hatte, der Mutter zugeteilt, obwohl sich alle Gutachten des kinderpsychiatrischen Dienstes für eine Vaterzuteilung aussprachen. Das Bundesgericht verneinte unter krasser Missachtung des kindlichen Bedürfnisses nach Kontinuität jede quasi präjudizierende Wirkung provisorischer Regelungen der elterlichen Gewalt⁴⁵⁰. Es sprach zwar von einem "äusserst heiklen Fall"⁴⁵¹, erblickte jedoch keine Ermessensüberschreitung darin, dass die Vorinstanz die damals schon 5 ½ Jahre lang an ihrem Pflegeplatz verwurzelte Tochter ohne triftige Gründe⁴⁵² zur Mutter umplazierte! - Im Hinblick auf das primär massgebende Kindeswohl eher fragwürdig ist auch die vom Bundesgericht in dieser Entscheidung vertretene Auffassung, dass Mädchen im Zweifel der Mutter zuzusprechen sind⁴⁵³. Für diese These dürften in der modernen psychologischen Literatur kaum mehr Befürworter zu finden sein.

Die Maxime des Kindeswohls findet auch in der Ueberprüfung von Scheidungskonventionen über die Gestaltung der Elternrechte ihren Niederschlag. In BGE 94 II 1 ff. hatte die Vorinstanz eine Vereinbarung genehmigt, worin unter anderem der Mutter die elterliche Gewalt über die beiden jüngeren Kinder und dem Vater die Gewalt über den ältesten Sohn zugeteilt wurde. Obwohl diese Konvention an sich von den Eltern nicht

⁴⁴⁹ Urteil des Zürcher Obergerichts vom 26. April 1979 i.S. B./B.

⁴⁵⁰ dazu Anm. 503

⁴⁵¹ Bereits das Obergericht wies in seiner Urteilsbegründung darauf hin, dass ihm der Entscheid nicht leicht falle, dass er "jedoch eher in der Linie der Gerichtspraxis liege"....!

⁴⁵² Nach Ansicht des Obergerichts waren die Gründe für Vater und Mutter "ungefähr gleichwertig"!

⁴⁵³ So u.a. schon das Bundesgerichtsurteil vom 27. Januar 1977 i.S. K./K.

angefochten wurde, hat sie das Bundesgericht unter Hinweis auf die Offizialmaxime aufgehoben und auch die elterliche Gewalt über den ältesten Knaben der Mutter zugesprochen. Diese Entscheidung beruhte auf der Ueberlegung, dass Geschwister nicht ohne Not getrennt werden sollen, zumal in casu zwischen ihnen ein gesundes Verhältnis bestand. Das Kindeswohl werde auf diese Weise eher gewahrt; ausserdem könne so dem kindlichen Bedürfnis nach einer harmonischen Entwicklung in stabilen Verhältnissen eher Rechnung getragen werden, weil sonst das älteste Kind durch die Konvention zwischen den beiden Elternteilen hin- und hergerissen worden wäre⁴⁵⁴. In Anlehnung an seine frühere Rechtsprechung (BGE 60 II 171/172, 93 II 158/159) erinnerte das Bundesgericht in BGE 94 II 2 daran, dass im Interesse des Kindes Scheidungskonventionen unter Umständen auch dann zu genehmigen sind, wenn sie zwar nicht mit der vom Richter vorgeschlagenen Lösung übereinstimmen, aber ebensoviele Garantie für das Kindeswohl bieten.

Auch in BGE 96 II 74 ff. bildete das Kindeswohl das einzige Zuteilungskriterium. Die elterliche Gewalt wurde dem Vater zugesprochen, weil die Mutter ohnehin schon die Voraussetzungen für einen Entzug nach Art. 311 f. ZGB erfüllte. Zutreffend bemerkte das Bundesgericht, dass ein Entzug der elterlichen Gewalt des Vaters nur in Frage käme, wenn das Kindeswohl deutlich leide oder ernstlich gefährdet sei.

Zuletzt hat das Bundesgericht in BGE 101 II 202 ausdrücklich festgehalten, dass die Kinderzuteilung in erster Linie nach dem Gesichtspunkt des Kindeswohls zu erfolgen habe.

- B. Auch eine nachträgliche Aenderung der im Scheidungsurteil geregelten Elternrechte muss nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung allein vom Gesichtspunkt des Kindes her beurteilt werden. Bereits in BGE 38 II 38 und 43 II 476 betonte das Bundesgericht, dass das Interesse des Kindes an einer möglichst

⁴⁵⁴ Vereinbart war nämlich, dass der Vater den Sohn bis zum 14. Altersjahr der mütterlichen Obhut überlasse. Da die Mutter nach England emigrieren wollte, hätte also der Knabe nach den Vorstellungen der Eltern im Alter von 14 Jahren wiederum in die Schweiz übersiedeln sollen!

ruhigen und konstanten Erziehung zu beachten sei und dass eine Aenderung des Urteils nur in Frage komme, wenn dies die Kindesinteressen dringend verlangen. Diese Praxis zur Abänderung der Elternrechte hat das Bundesgericht in der seitherigen Rechtsprechung konsequent beibehalten, indem es stets betont hat, dass Art. 157 ZGB in erster Linie die Wahrung des Kindeswohls zum Ziele habe (vgl. BGE 83 II 92, 95 II 388, 96 I 391, 100 II 78). Auch in BGE 85 II 12 ff., wo es um die Umtteilung der elterlichen Gewalt vom Vater auf die Mutter ging, galt das Kindesinteresse als unbestrittenes Entscheidungskriterium. Das Bundesgericht hat in diesem Entscheid sehr sorgfältig die Vor- und Nachteile einer Zuteilung der Gewalt an den Vater bzw. an die Mutter abgewogen und sich mit einer guten Begründung schliesslich für die Mutter entschieden. Da die Kinder in der Zwischenzeit allerdings bei Pflegeeltern gelebt und zu diesen offenbar bereits gute Beziehungen aufgebaut hatten, vermisst man in den Erwägungen die Berücksichtigung dieses Verhältnisses. Denn es ist sehr gut denkbar, dass für die Kinder die Beziehungen zu den Pflegeeltern im Vordergrund standen und deshalb das Kindeswohl erfordert hätte, das Stabilitätsprinzip vermehrt zu beachten, die Kinder bei den Pflegeeltern zu belassen und allfälligen Interventionen des Inhabers der elterlichen Gewalt mit einem Entzug der Gewalt vorzubeugen. Das Kindeswohl als primäres Entscheidungskriterium gebietet die Berücksichtigung aller Faktoren und Beziehungen und rechtfertigt unter Umständen auch den Gewaltentzug gegenüber dem zweiten Elternteil und die Unterbringung bei Pflegeeltern. (Aufgrund des in BGE 85 II 12 ff. geschilderten Sachverhaltes allein kann jedoch nicht beurteilt werden, ob das Kindeswohl einen Verbleib bei den Pflegeeltern erheischt hätte.)

- C. Wesentlich zurückhaltender war die bundesgerichtliche Rechtsprechung anfänglich mit der Berücksichtigung des Kindeswohls im Zusammenhang mit dem Besuchsrecht. Bewusst nicht berücksichtigt wurden die Kindesinteressen in BGE 61 II 216, wonach der Wille des bald mündigen Kindes hinsichtlich des Bestehens eines Besuchsrechts keine Rolle spielen darf, da mit dem im

Scheidungsurteil geregelten persönlichen Verkehr ja gar keine Verpflichtung des Kindes begründet werde. Durch das Besuchsrecht werde nur der Inhaber der elterlichen Gewalt in seinen Rechten eingeschränkt! Nicht viel mehr Beachtung fand das Kindeswohl in BGE 71 II 210: dem geschiedenen Ehemann, dessen Frau noch während der Ehe ein offensichtlich ausserehelich gezeugtes Kind geboren und der die Ehelichkeitsvermutung nicht rechtzeitig angefochten hatte, wurde aufgrund seiner gesetzlichen Vaterschaft gemäss aArt. 156 Abs. 3 ZGB ein Besuchsrecht eingeräumt. Aufgrund einer bloss papierernen Vaterschaft und weil ihm aus der nicht angefochtenen Ehelichkeit auch Pflichten erwachsen, wurde dem "Vater" ein Besuchsrecht für ein Kind gewährt, welches daran keinerlei Interesse haben konnte. Doch anstelle des Kindesinteresses ist in BGE 71 II 210 nur von den Interessen des vermeintlichen Vaters die Rede.

Eine erste leichte Korrektur dieser Auffassung erfolgte dann in BGE 72 II 11 f., wo immerhin die Möglichkeit erwähnt wurde, dass das Besuchsrecht ganz aufgehoben werden könne, wenn die Wahrung des physischen und geistigen Wohls des Kindes unter keinen Umständen mit der Ausübung des persönlichen Verkehrs vereinbar sei. Das Bundesgericht erinnerte daran, dass das Besuchsrecht in erster Linie im Interesse der Eltern geschaffen worden sei und dass die Auffassung der Vorinstanz, wonach sich der Richter bei der Regelung des Verkehrs nur am Kindesinteresse orientieren soll, als zu absolut erscheine.

Mit BGE 89 II 2 ff. erfolgte eine weitere Auflockerung der Rechtsprechung: das Besuchsrecht könne allgemein aufgehoben werden, wenn ihm höherwertige Interessen des Kindes entgegenstünden. Die körperliche und sittliche Gesundheit der Kinder stelle ein höherwertiges Gut dar als die mit dem Besuchsrecht bezweckte innere Verbundenheit zum nicht gewalthabenden Elternteil.

Einen weiteren Schritt nach vorn tat das Bundesgericht sodann mit BGE 95 II 387, wo festgestellt wird, dass die Kindesinteressen in der Regel das Entscheidungskriterium darstellen, wenn es um das Schicksal eines Kindes geht.

Vollends verworfen wurde dann die ursprüngliche Auffassung in BGE 100 II 82 f. Danach ist bei der Ausgestaltung des Besuchsrechts das Kindeswohl von zentraler Bedeutung, wobei mit zunehmendem Alter den Wünschen der Kinder vermehrt Rechnung getragen werden soll. Allerdings lehnte das Bundesgericht - entgegen dem psychiatrischen Gutachten - die den Kindern von der Vorinstanz eingeräumte Befugnis ab, vom 14. Altersjahr an selbst über das Besuchsrecht entscheiden zu können. Der Entscheid wurde damit begründet, dass die Kinder mit jener Regelung überfordert worden wären. Massgebend für die Ablehnung der immerhin vom Psychiater empfohlenen Lösung war aber vielmehr die Ueberlegung, dass die Eltern sonst ihren Kindern "machtlos ausgeliefert" gewesen wären (so das Bundesgericht) und dass das "Recht der Mutter auf angemessenen Verkehr" verletzt worden wäre, weil die Kinder sie mit 14 Jahren wohl nicht mehr besuchen würden. Damit war aber eigentlich schon gesagt, dass das Besuchsrecht offensichtlich nicht im Interesse der Kinder lag und dass es - entgegen dem Kindeswohl - geschützt wurde, weil zu einseitig die Elterninteressen im Vordergrund standen.

Diese neueste Rechtsprechung zum Besuchsrecht bildete anlässlich der Revision von 1976 die Ausgangslage für den in Art. 274 ZGB kodifizierten Kompromiss zwischen Eltern- und Kindesinteressen: die Wahrung des Kindeswohls ist zwar nicht Voraussetzung des Besuchsrechts⁴⁵⁵ (anders in Art. 274a ZGB), wohl aber kann das Recht auf persönlichen Verkehr bei Gefährdung des Kindeswohls verweigert oder entzogen werden. Die anfänglich postulierte Zustimmung des 16jährigen Kindes als Ausfluss seines Persönlichkeitsrechts wurde nach langem Hin und Her fallengelassen⁴⁵⁶. Mit zunehmender Einsichtsfähigkeit des Kindes wird aber ohnehin sein eigener Wille für die Bestimmung des Kindeswohls massgebend sein⁴⁵⁷.

D. Bei den Fragen der Kinderzuteilung gemäss Art. 156 und 157 ZGB

⁴⁵⁵ Vgl. den abgelehnten Antrag Fontanet in Prot. NRK 68.

⁴⁵⁶ Vgl. u.a. ProtExpK 601; Prot. SRK 110 f.; StenBull StR 1976, 85 ff.; StenBull NR 1976, 424.

⁴⁵⁷ Vgl. vorn 136 und hinten 199 ff. Deutlich nun BGE 107 II 302 ff.

ist also seit jahrzehntelanger bundesgerichtlicher Praxis das Kindeswohl unbestrittenermassen das entscheidende Kriterium. Die Rechtsprechung weist die Tendenz der laufenden Berücksichtigung gefestigter sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse auf. Allerdings stützt sich nur eine Minderheit der bisherigen Entscheidungen auf Sachverständigengutachten ab, obwohl angesichts der relativ weiten Kognition des Bundesgerichts und der oft heiklen Interessenabwägungen eigentlich eine regere Gutachtertätigkeit erwartet werden dürfte.

2. Adoption und andere Fremdunterbringung des Kindes

Das Bundesgericht musste sich bisher erst wenig mit dem neuen Adoptionsrecht befassen. Zu Art. 264 ZGB, wo das Kindeswohl als zentrale Voraussetzung jeder Adoption bezeichnet wird, enthält die amtliche Sammlung überhaupt noch keine Entscheidung. Immerhin hat das Bundesgericht in BGE 104 II 67 im Zusammenhang mit dem Absehen von der Zustimmung der leiblichen Eltern durchblicken lassen, dass es gewillt ist, seine Entscheidungen gemäss den gesetzgeberischen Intentionen auch ausserhalb des Art. 264 ZGB in erster Linie am Kindeswohl zu orientieren.

Noch nicht vom Kindeswohl leiten liess sich das Bundesgericht in BGE 75 I 139 ff. Die aussereheliche Mutter hatte ihren Knaben gegen den Willen des Beistandes (und späteren Vormundes des Kindes) bei einer Familie im Kanton Zürich untergebracht. Die Vormundschaftsbehörde ihres obwaldnerischen Wohnsitzes verlangte das Kind aus dem einzigen Grunde wieder zurück, weil die Pflegefamilie protestantisch sei und das Kind einer katholischen Erziehung bedürfe; es sollte zu diesem Zwecke vorderhand in ein katholisches Heim im Kanton Obwalden gesteckt werden. Nachdem der Knabe aber nach zweieinhalbjährigem Pflegeverhältnis fest mit seinen psychologischen Eltern verwurzelt war, verweigerte der Regierungsrat des Kantons Zürich die Rechtshilfe, weil die Wegnahme das Wohl des Kindes arg gefährdet hätte. Das Bundesgericht kam jedoch zum Schluss, dass der Kanton Zürich aufgrund eines Abkommens zur Rechtshilfe verpflichtet sei, weil formell alles in Ordnung und der

Kanton Zürich zur materiellen Ueberprüfung des obwaldnerischen Entscheides nicht berechtigt sei. Weil jene Entscheidung ohnehin nicht auf Erwägungen beruhe, die dem ZGB fremd seien (!), liess das Bundesgericht die Frage offen, ob der Vollstreckungskanton wenigstens hätte überprüfen können, ob der Entscheid nicht bundesrechtliche Grundsätze grob verletze. Das Bundesgericht verkannte dabei, dass durch die angestrebte Versetzung des Kindes einzig seiner religiösen Erziehung Rechnung getragen, das Kindeswohl dabei jedoch ernstlich gefährdet wurde. Die Wahrung des Kindeswohls war aber schon ein Anliegen des alten Kindesrechts, weshalb der obwaldnerische Entscheid wegen offensichtlicher Verletzung bundesrechtlicher Grundsätze nicht hätte akzeptiert werden dürfen⁴⁵⁸.

3. Namensänderung⁴⁵⁹

In seiner Rechtsprechung zu Namensänderungen war das Bundesgericht stets bereit, mit einer grosszügigen Praxis die Kindesinteressen zu schützen. Schon in BGE 70 I 220 ff. wurde ein wichtiger Grund für eine Namensänderung darin erblickt, dass der Familienname des Kindes nicht mit demjenigen seiner psychologischen Eltern übereinstimmt und das Kind dadurch in seinem Fortkommen behindert wird. Das Kindesinteresse, welches gebieterisch eine Namensänderung verlange, sei entscheidend und gehe allen andern Interessen (des Staates, der leib-

⁴⁵⁸ Immerhin sei angefügt, dass BGE 75 I 139 ff. trotz seiner dem Kindeswohl abträglichen Auffassung nicht aus dem Rahmen der damaligen Rechtsprechung und der herrschenden Lehre zum alten Kindesrecht fiel. Denn es wurde stets zu einseitig das absolute Bestimmungsrecht und der Herausgabeanspruch der Eltern betont, vgl. z.B. Hegnauer N 79-103 zu aArt. 273 ZGB mit vielen weiteren Zitaten (berechtigt die Kritik bei Goldstein, Jenseits 147 Anm. 126). Auf das Kindeswohl wurde erst im Rahmen allfälliger Kindesschutzmassnahmen Rücksicht genommen (vgl. Hegnauer N 20 zu aArt. 284 ZGB). Es hätte jedoch keiner kühnen Gesetzesinterpretation bedurft, um mit der gesetzgeberischen Maxime des Kindeswohls dem Herausgabeanspruch eine Schranke zu setzen und das Verhältnis der Kinder zu ihren Pflegeeltern zu schützen (a.M. Hegnauer in ProtExpK 885). Die notwendige Berücksichtigung des Kindeswohls ist nun in Art. 310 Abs. 3 ZGB Gesetz geworden. (Vgl. aber die in Anbetracht von Art. 310 Abs. 3 ZGB erst recht fragwürdige Rechtsprechung im BGE vom 15. November 1979, vorn 177.)

⁴⁵⁹ vgl. hiezu ausführlicher vorn 86 ff.

lichen Mutter usw.) vor. BGE 99 Ia 564 f. bezeichnet die Anpassung des Familiennamens von Scheidungskindern an denjenigen des Stiefvaters als grundsätzlich wünschenswert und zulässig, weil die Kinder nicht verantwortlich seien für ihre Lage und Anspruch auf Schutz vor den sich daraus ergebenden Nachteilen hätten (anders noch BGE 96 I 431/432). Das Kindesinteresse überwiege in der Regel das Interesse des geschiedenen Vaters an der Beibehaltung seines Namens. Weil die Kinder auch am ehebrecherischen Konkubinat ihres Vaters nicht schuldig sind und die Verbindung dauerhaft zu sein schien, wurde ihnen die Namensänderung in BGE 95 II 508 und 96 I 429 ff. bewilligt, da eine Anpassung auf keinem andern Wege möglich war. In BGE 105 Ia 284 hat das Bundesgericht erneut bekräftigt, dass das Kindesinteresse für eine Namensänderung ausschlaggebend sein kann und dass die zuständige Behörde dabei das Kindesinteresse von Amtes wegen zu berücksichtigen habe. In seinen neuesten Entscheiden BGE 105 II 241 ff. und 105 II 247 ff. hat es das Bundesgericht mit dem Kindeswohl allerdings zu gut gemeint, indem die Namensänderung selbst in Konkubinatsverhältnissen ohne gesetzliches Ehehindernis bewilligt wurde. In beiden Fällen war eine Anpassung des Namens durch Heirat der Eltern nicht ausgeschlossen, so dass unnötigerweise ein dem Kindeswohl abträglicher Unsicherheitsfaktor in Kauf genommen wurde⁴⁶⁰.

4. Bürgerrecht

Sehr zurückhaltend geht das Bundesgericht mit dem Argument des Kindeswohls um, wenn der Erwerb des Schweizer Bürgerrechts eines Kindes zur Diskussion steht. Erfreulicherweise zeigt aber gerade in dieser Frage die neueste Rechtsprechung eine Tendenz in Richtung Wahrung der Kindesinteressen auf. So wurden denn in BGE 105 Ib 49 ff. und 105 Ib 145 ff., ohne auf das Kindeswohl ausdrücklich Bezug zu nehmen, die Kindesinteressen indirekt berücksichtigt, indem das Bundesgericht entsprechend den Forderungen der Lehre den Ausdruck "von Abstam-

⁴⁶⁰ Zur eingehenden Begründung vgl. vorn 89 ff. Bestätigend BGE 107 II 289.

mung Schweizer Bürgerin" weit fasste und damit zahlreichen Kindern den Erwerb des Schweizer Bürgerrechts erleichterte⁴⁶¹. Der in der Lehre geäusserten Meinung nicht gefolgt ist das Bundesgericht in BGE 105 Ib 65 ff. (bestätigt in BGE 105 Ib 226): während Hegnauer in ZBl 79 (1978) 486 ff. bezüglich des Wohnsitzes der Eltern gemäss Art. 5 und 57 BÜG zur Wahrung des Kindeswohls eine Auslegung contra legem forderte, fand das Bundesgericht, dass der klare Wortlaut des Gesetzes massgebend sei, zumal den Kindesinteressen mit einer wortgetreuen Auslegung sogar besser gedient werde. Die Differenz zwischen Lehrmeinung und Bundesgerichtspraxis liegt also im wesentlichen bei der Konkretisierung des Kindeswohls. Im Grundsatz besteht jedoch Einigkeit, so dass festgestellt werden kann, dass das Bundesgericht auch bei Bürgerrechtsfragen gewillt ist, die Kindesinteressen besonders zu beachten.

5. Jugendstrafrecht

Aufgrund der Praxis im Jugendstrafrecht scheint es, dass gerade auf diesem Gebiet noch vieles für die Wahrung des Kindeswohls getan werden könnte. Eine gründliche Untersuchung der Ursachen bisheriger Fehlleistungen und der Aussicht auf Verbesserungen würde allerdings den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen. In diesem Zusammenhang soll wenigstens erwähnt werden, dass das Bundesgericht in neuerer Zeit öfters - der klaren gesetzgeberischen Zielsetzung entsprechend - den Gedanken der Erziehung und Besserung des jugendlichen Straftäters in den Vordergrund stellt. Es geht nun vermehrt davon aus, dass bei Jugendlichen die Charakterbildung sowie die geistige und sittliche Entwicklung noch nicht abgeschlossen sind, sondern dass jene regelmässig noch der unterstützenden Führung bedürfen. Die Strafe oder Massnahme soll dem Alter und der gesamten Persönlichkeit des jugendlichen Täters angepasst werden, und zwar so, dass sie sich auf seine Weiterentwicklung nicht hemmend oder gar schädlich auswirkt, sondern

⁴⁶¹ Dabei wird vorausgesetzt, dass der Erwerb des Schweizer Bürgerrechts regelmässig einen Vorteil für das Kind darstellt, vgl. dazu die Begründung bei Hegnauer, ZBl 79 (1978) 489.

diese im Gegenteil fördert und günstig beeinflusst (BGE 92 IV 84, 94 IV 58, 104 Ib 275).

6. Ordre public

Aus rechtspolitischen Ueberlegungen (Entscheidungsharmonie!) übt das Bundesgericht mit dem Vorbehalt des ordre public Zurückhaltung und macht davon nur Gebrauch, wenn ein ausländisches Urteil in untolerierbarer Weise dem schweizerischen Rechtsempfinden und fundamentalen schweizerischen Rechtsgrundsätzen widerspricht (vgl. BGE 102 Ia 581 Erw. 7 mit weiteren Zitaten). Um so mehr Gewicht kommt BGE 86 II 333 zu, wo ein ausländisches Urteil über die Aenderung der Elternrechte im Sinne von Art. 157 ZGB als gegen die öffentliche Ordnung der Schweiz verstossend betrachtet wurde, weil die Lebensumstände und Bedürfnisse des Kindes, mithin also das Kindeswohl, in keiner Weise berücksichtigt wurden. Auch in BGE 96 I 391 wird das Kindeswohl als Zuteilungskriterium beim Abänderungsentcheid als fundamentale Regel der schweizerischen Rechtsordnung bezeichnet, deren Nichtbeachtung stets einen Verstoss gegen den ordre public darstelle. Als Einschränkung dürfte aber auch heute noch BGE 77 II 118 Geltung haben, wonach es nicht angeht, "die mit dem in der Schweiz ja anerkannten Territorialprinzip verbundenen Ungleichheiten dadurch auszuschalten, dass man, sobald die intern-schweizerische Ordnung dem Kinde günstiger ist, sie mit Anrufung der öffentlichen Ordnung zur Geltung bringt". Der Vorbehalt des ordre public kann also nur dort angebracht werden, wo der Grundsatz der Wahrung des Kindeswohls offensichtlich und in krasser Weise missachtet worden ist.

7. Stellenwert des Kindeswohls in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Im vorliegenden Abschnitt II wurde nur die bundesgerichtliche Rechtsprechung und auch davon nur eine Auswahl zumeist publizierter Entscheidungen berücksichtigt. Die Beschränkung auf die höchstrichterliche Rechtsprechung rechtfertigt sich angesichts ihrer erkenntnisleitenden Funktion für die Entschei-

dungspraxis kantonaler Gerichte. Allerdings ist zu beachten, dass die zur Publikation ausgewählten Entscheidungen nicht unbedingt für die gesamte Gerichtspraxis repräsentativ sein müssen und dass sie in der Regel nur aus einem knappen Sachverhalt und verkürzten Entscheidungsgründen bestehen und daher oft einen ungenügenden Einblick in den eigentlichen Prozess der Entscheidungsfindung erlauben.

Die aufgegliederte Kasuistik hat gezeigt, dass das Kindeswohl in der Rechtsprechung des Bundesgerichts einen sehr unterschiedlichen Stellenwert einnimmt. Während ihm im Bereich der Kinderzuteilung schon seit jahrelanger Rechtsprechung der Charakter einer eigentlichen Entscheidungsmaxime zugebilligt wird⁴⁶², steht das Kindeswohl bei der Rechtsprechung zu andern Teilen des Unmündigenrechts (etwa im Jugendstrafrecht) nach wie vor im Hintergrund. Immerhin mehren sich die Anzeichen dafür, dass das Kindeswohl nicht mehr nur im Einzelfall betrachtet, sondern allmählich als umfassende Maxime der Rechtsanwendung im gesamten Unmündigenrecht verstanden wird. Zu erwarten ist auch, dass die deutliche Stellungnahme des Gesetzgebers anlässlich der Revision des Kindesrechts nicht ohne Einfluss auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung bleiben wird. Entscheidende Schritte sind bereits vor Inkrafttreten des neuen Rechts erfolgt, indem das Bundesgericht zum Beispiel in einem Besuchsrechtsentscheid (BGE 95 II 387) ausgeführt hat, dass die Kindesinteressen regelmässig das Entscheidungskriterium darstellen, wenn es um das Schicksal eines Kindes geht und das Gericht dabei ausdrücklich auch auf in ganz anderem Zusammenhang ergangene Urteile verweist. Oder wenn das Bundesgericht den Grundsatz der Wahrung des Kindeswohls zur Begründung eines ordre public-Vorbehalts heranzieht (vorn 186), so wird damit gleichzeitig das Kindeswohl als Maxime der Rechtsanwendung anerkannt.

⁴⁶² Vgl. BGE 96 I 391: "C'est un principe du droit suisse que cette décision soit prise en fonction du bien des enfants: on peut même affirmer que ce principe constitue 'une de ces règles fondamentales de l'ordre juridique suisse à l'encontre de laquelle il serait impossible d'aller sans heurter le sentiment du droit en Suisse'."

In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind also unverkennbare Ansätze zu einer umfassenden Anerkennung der Kindesinteressen festzustellen. Anfänglich wurden vorwiegend die Urteile über die Zuweisung der elterlichen Gewalt am Wohl des Kindes orientiert, während das Kindeswohl bei andern Fragen erst später oder zum Teil immer noch nicht als Entscheidungskriterium anerkannt worden ist. In gewissen Anwendungsbereichen ist die frühere Rechtsprechung anlässlich der Revision des Kindesrechts kodifiziert und zum Teil zugunsten des Kindes erweitert worden⁴⁶³. Interessanter ist deshalb die Frage, inwieweit das Kindeswohl auch dort als Maxime der Rechtsanwendung Anerkennung findet, wo das Gesetz nicht ausdrücklich auf die Kindesinteressen Bezug nimmt. Und gerade in dieser Beziehung lässt die neueste bundesgerichtliche Rechtsprechung eine weitere Oeffnung hin zu einer umfassenden Wahrung des Kindeswohls vermuten⁴⁶⁴, so dass die Realisierung der hinten im Abschnitt III formulierten Forderungen bereits in greifbarer Nähe gerückt ist.

Dem Wohl des Kindes ist allerdings nicht allein damit gedient, dass einfach in jeder Entscheidung, in der es um das Schicksal eines Kindes geht, auf die Kindesinteressen Bezug genommen wird. Zu leicht könnte sonst dem Kindeswohl eine reine Alibifunktion zukommen, indem die Generalklausel einfach zur Legitimation von auf schwachen Beinen stehenden Urteilen missbraucht wird. Es kommt zwar immer wieder vor, dass das Kindeswohl Vormundschaftsbehörden oder unteren Gerichtsinstanzen den gewünschten Aufhänger für die Begründung einer Massnahme oder Entscheidung liefert; selbst die höchstrichterliche Praxis ist nicht vor gelegentlichen Ausrutschern im Sinne einer bloss legitimatorischen Verwendung der Kindeswohlformel geübt⁴⁶⁵. Trotzdem kann der neueren Bundesgerichtspraxis gesamt-

⁴⁶³ vgl. z.B. Art. 274 oder 307 ZGB

⁴⁶⁴ Vgl. z.B. die neuesten Bürgerrechts- und Namensänderungsentscheidungen, auch wenn letzteren wegen der ungenügenden Würdigung des Kindeswohls im Ergebnis nicht beizupflichten ist.

⁴⁶⁵ Vgl. die bereits erwähnten Beispiele BGE 61 II 216 (vorn 179/180), 75 I 139 (vorn 182/183) und das unveröffentlichte Urteil vom 15. November 1979 (vorn 177).

haft wohl kaum vorgeworfen werden, sie benütze die Generalklausel lediglich dazu, um in Ermangelung anderer Entscheidungskriterien ein im Grunde dem Kindeswohl abträgliches Urteil zu rechtfertigen. Wo das Bundesgericht die Kindesinteressen als Entscheidungsgrundlage akzeptiert⁴⁶⁶, wird das Wohl des Kindes in der Regel durch Abwägung aller Aspekte und massgebenden Faktoren sorgfältig eruiert. Allerdings basieren die Erkenntnisse des Bundesgerichts nur in den wenigsten Fällen auf Sachverständigengutachten; dies obwohl sich die Konkretisierung des Kindeswohls meistens sehr heikel gestaltet, weil die für das Kind günstigere bzw. günstigste Lösung nur selten auf Anhieb und ohne sozialwissenschaftliche Vorkenntnisse gefunden werden kann. Das Bundesgericht nimmt zwar bei der Interpretation des Kindeswohls durchaus auf neue gesellschaftliche und sozialwissenschaftliche Konzeptionen Rücksicht (BGE 105 Ia 284), stellt dabei jedoch eher selten auf ausserrechtliche Expertisen ab. Wo sich in den Akten der Vorinstanz sozialwissenschaftliche Gutachten befinden, werden diese zwar regelmässig auch vom Bundesgericht als Entscheidungshilfe beigezogen, wobei hie und da vom Ratschlag des Sachverständigen abgewichen wird⁴⁶⁷. Häufig verzichten die Vorinstanzen jedoch auf die Einholung von Gutachten und interpretieren das Kindeswohl in eigener Regie, so dass auch das Bundesgericht seine Beurteilung nicht auf vorliegende Expertisen abstützen kann. Nur selten macht das Bundesgericht in solchen Fällen von der Möglichkeit Gebrauch, die Sache zur Ergänzung der tatsächlichen Feststellungen an die Vorinstanz zurückzuweisen⁴⁶⁸; es geht offenbar auch regelmässig von der Meinung aus, die Konkretisierung des Kindeswohls aufgrund eigener Kenntnisse und Lebenserfahrung in hinreichender Weise vornehmen zu können. Auch wenn seine bisherige Auslegungspraxis zum Kindeswohl im grossen und ganzen befriedigend ausgefallen ist, vermisst man doch im einen oder andern Entscheid eine vermehrte Bezugnahme auf die Erkenntnisse empirischer Wissenschaften. In einigen

⁴⁶⁶ In einigen Fällen ist dies ja im Gesetz ausdrücklich vorgeschrieben und insofern auch selbstverständlich!

⁴⁶⁷ vgl. z.B. BGE 100 II 82 f. oder BGE vom 15. November 1979 i.S. B./U.

⁴⁶⁸ vgl. dazu hinten 210

Fällen (z.B. in BGE 85 II 12 ff.) hätte die Heranziehung sozialwissenschaftlicher Expertisen unter Umständen zu einer andern Beurteilung der Sachlage geführt, während in andern Fällen die getroffenen Entscheidungen mit einem sorgfältigen Gutachten zusätzlich hätten untermauert werden können.

III. Kritik und Forderungen

1. Das Kindeswohl als Maxime des Unmündigenrechts

Die vorangehende Untersuchung von Lehre und Bundesgerichtspraxis hat gezeigt, dass das Postulat der möglichst weitgehenden Wahrung des Kindeswohls auch in Rechtswissenschaft und Rechtsprechung seinen Niederschlag gefunden hat. Es war dabei eine gewisse Wechselwirkung zwischen Gesetzgebung und Rechtsanwendung festzustellen, indem der Gesetzgeber im Kindesrecht einerseits Forderungen der Doktrin berücksichtigt und zum Teil die bestehende Bundesgerichtspraxis kodifiziert hat und nun andererseits mit einer fortschrittlichen Regelung den weiteren Ausbau des von ihm aufgestellten Leitgedankens des Kindeswohls zur Maxime des gesamten Unmündigenrechts anregt. Dieser nächste Schritt, dessen Rechtfertigung in der Anerkennung der Persönlichkeit des Kindes liegt, ist in der bisherigen Lehre und Rechtsprechung noch nicht oder erst ansatzweise erfolgt. Das Kindeswohl ist bisher erst in seinen typischen Anwendungsbereichen Kinderzuteilung, Adoption, elterliche Gewalt und Kindesschutz als allgemeiner Grundsatz anerkannt worden. Darüber hinaus wird es im restlichen Unmündigenrecht von Fall zu Fall als Entscheidungskriterium herangezogen⁴⁶⁹, in der Regel jedoch ohne dass seine Wahrung als allgemeine Maxime verstanden würde⁴⁷⁰.

Die Rechtsanwendung kann in dieser Form nicht genügen. So anerkennenswert die Bestrebungen zur Wahrung des Kindeswohls in gewissen Teilbereichen zwar sind, so ungenügend ist jedoch

⁴⁶⁹ vgl. z.B. Müller 24 und 67 ff., Hegnauer in ZBl 79 (1978) 489 oder Knoepfler 470

⁴⁷⁰ Als Ausnahme vgl. z.B. Hegnauer in ZBl 79 (1978) 489 oder die vorn 187 f. erwähnten Lichtblicke in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

die Berücksichtigung der Kindesinteressen in andern Gebieten des Unmündigenrechts. Die Rechtsanwendung sollte sich vermehrt darüber Rechenschaft ablegen, dass die Wahrung der Kindesinteressen ein Hauptanliegen des Unmündigenrechts sein muss und dass dabei dem Kindeswohl ganz allgemein Ersatzfunktion für den noch nicht relevanten Willen des Kindes zukommt. Das Kindeswohl stellt also nicht etwa nur bei der Zuteilung der elterlichen Gewalt oder nur im Kindesrecht das Entscheidungskriterium dar, sondern überhaupt im gesamten Unmündigenrecht oder - wie das Bundesgericht in BGE 95 II 387 zutreffend bemerkte - einfach überall dort, wo es um das Schicksal eines Kindes geht.

Solch umfassende Anerkennung des Kindeswohls entspricht auch den Vorstellungen des Gesetzgebers. Bei der Schaffung des ZGB von 1907 war das Kindeswohl noch unausgesprochener Leitgedanke im Kindesrecht, während es dann als Folge des Wandels von Zeit und Anschauungen bei den Revisionen von 1972 und 1976 ausdrücklich und wiederholt als Grundgedanke der beiden Novellen bezeichnet wurde. Dabei lassen die Materialien verschiedentlich durchblicken, dass der Gesetzgeber gewillt ist, die Wahrung der Kindesinteressen bei zukünftiger Gelegenheit auch in andern Gebieten des Unmündigenrechts als vorrangigen Grundsatz zu betrachten. Einen weiteren Schritt in diese Richtung hat er zum Beispiel mit dem Entwurf für ein neues IPR-Gesetz unternommen (vgl. vorn 99 ff.); es ist zu erwarten, dass auch die geplante Revision des Bürgerrechtsgesetzes für das Kind günstige Regelungen enthalten wird.

Lehre und Rechtsprechung dürfen nun an diesen klaren Intentionen des Gesetzgebers nicht einfach vorbeigehen. Es gilt deshalb, primär innerhalb des Kindesrechts die vom Gesetzgeber unmissverständlich dekretierte Maxime des Kindeswohls mit all den damit verbundenen Konsequenzen (vgl. hinten 191 ff.) zu beachten. Aber auch ausserhalb des eigentlichen Kindesrechts muss das Kindeswohl bei der Rechtsanwendung nicht nur in bestimmten Einzelfällen, in denen die Kindesinteressen ohnehin zur Diskussion stehen, sondern im gesamten Unmündigenrecht als Maxime betrachtet werden. Denn nur wenn die Wah-

rung des Kindeswohls als umfassende Grundidee überall dort berücksichtigt wird, wo es um das Schicksal oder sonstwie um die Belange eines Kindes geht, kann die Rechtsanwendung dem Willen des Gesetzgebers gerecht werden. Die Kindeswohlmaxime wird daher unter Umständen zu einer Rechtsfortbildung durch Richterrecht führen, wo das Gesetz nicht selbst schon ausdrücklich oder implizit auf das Kindeswohl verweist.

Im folgenden bleibt nun zu untersuchen, was unter einer Maxime in diesem Zusammenhang zu verstehen ist (192 ff.) und welche Konsequenzen die Anerkennung der Kindeswohlmaxime nach sich ziehen wird (195 ff.). Im Hinblick auf ihre Durchsetzbarkeit fragt es sich ferner, ob die Kindeswohlmaxime allenfalls als Gewohnheitsrecht oder als sonstiger bundesrechtlicher Grundsatz zu betrachten ist (204 ff.).

2. Begriff und Tragweite der Maxime

- A. Die Untersuchungen im 2. Teil dieser Arbeit über die Tragweite der Kindeswohlformel haben die bereits erwähnte (vorn 136/137) Funktion des Kindeswohls als Leitidee für Gesetzgebung und Rechtsanwendung veranschaulicht. Dabei war abwechselungsweise von einer Maxime, Rechtsfigur, Richtlinie, Leitidee, von einem Prinzip, Grundsatz oder auch von einem allgemeinen Rechtsgedanken die Rede. Alle diese verschiedenen Begriffe eignen sich zur Charakterisierung der Kindeswohlformel und sind dennoch keine Synonyma, weil ihnen unterschiedliche typische Merkmale zugrunde liegen. Die Aufzählung ist auch nicht erschöpfend, man könnte das Kindeswohl zum Beispiel in Anlehnung an die philosophische Prinzipienlehre ebenso gut als Axiom oder im Zusammenhang mit der Politologie als oberste Direktive bezeichnen. Llompарт schlägt als Oberbegriff für all diese Termini das "Rechtsprinzip" vor⁴⁷¹. Auch nach Meier-Hayoz wäre das Kindeswohl als Rechtsprinzip und somit als allgemeiner Rechtsgrundsatz zu qualifizieren, wobei er diese Prinzipien als besondere Art von Lücken intra legem erfasst⁴⁷². Im Zusam-

⁴⁷¹ Llompарт 4 ff.

⁴⁷² Meier-Hayoz N 410 ff. und 265 f. zu Art. 1 ZGB; vgl. auch Anm. 511

menhang mit dem Kindeswohl wird im folgenden jedoch hauptsächlich der der Philosophie entlehnte Begriff der Maxime verwendet, um einerseits eine gewisse Kongruenz zu ähnlichen Erscheinungsformen in andern Rechtsgebieten herzustellen⁴⁷³ und um andererseits aber gerade auf die unterschiedliche Tragweite der Kindeswohlformel und der bei Meier-Hayoz erwähnten "Rechtsprinzipien" (z.B. Prinzipien des Sachenrechts) hinzuweisen. Da (zumindest in der Rechtswissenschaft) kein einheitlicher Sprachgebrauch besteht, muss zuerst kurz umschrieben werden, was hier unter einer Maxime zu verstehen ist.

- B. Der Begriff der Maxime entstammt der Philosophie und bedeutet nichts anderes als Grundsatz zum Handeln: jeder einzelne soll sich bei seinem Handeln von der betreffenden Maxime leiten lassen. Dabei gilt es zu unterscheiden zwischen den Prinzipien der Metaphysik und den eigentlichen Rechtsmaximen, obwohl die Grenzen fliessend sein können. Metaphysische Prinzipien beziehen sich auf das Sein als solches, sie sind unbeschränkt allgemeingültig, enthalten einen Kern ewiger Wahrheit und sind deshalb nicht wandelbar; sie sind "ex natura übergeschichtlich"⁴⁷⁴. Rechtsmaximen hingegen beziehen sich nur auf das rechtliche Sein, sie gelten nicht absolut und unbeliebig, sondern sind geschichtlich⁴⁷⁵. Auch die Rechtsmaximen sind (wenn auch beschränkt) allgemeingültig. Sie müssen keine "ewige Wahrheit" enthalten, sondern können durchaus neu geboren oder auch wieder abgeschafft werden. Ausserdem beinhalten sie ein dynamisches Element, welches im wesentlichen ihre Geschichtlichkeit ausmacht. D.h. sie sind veränderbar und den gegebenen Umständen anpassbar, das zeitliche Element spielt eine wesentliche Rolle. Ausnahmen sind grundsätzlich möglich. Rechtsmaximen sind erkenntnistheoretische Werkzeuge, mit denen das Recht systematisch verstanden und andern ver-

⁴⁷³ Der strafrechtliche Grundsatz in dubio pro reo wird z.B. regelmässig als Maxime bezeichnet.

⁴⁷⁴ Llompert 7 und 73 ff. Beispiel: "Bonum est faciendum, malum est vitandum."

⁴⁷⁵ Llompert (76 ff.) erbringt den Nachweis der Geschichtlichkeit am Beispiel des Tötungsverbotes.

ständig gemacht werden kann⁴⁷⁶.

- C. Ohne gewisse allgemeine Rechtsprinzipien kommen weder Gesetzgeber noch Rechtsanwendung aus. Schuld daran ist die Unfähigkeit des Menschen, auf einmal die gesamte Realität in ihrer Konkretheit und in allen ihren Varianten zu erfassen. Nur wenn dem Menschen ein intuitives Wissen über alle möglichen konkreten Sachverhalte eigen wäre, würden Rechtsmaximen entbehrlich. Weil dem aber nicht so ist, stellen die Rechtsprinzipien die Brücke dar, die der Mensch schlagen muss, um die begrenzte Konkretheit seiner Erfahrung überwinden zu können⁴⁷⁷. Auch der schweizerische Gesetzgeber kann nicht für sich in Anspruch nehmen, für jeden denkbaren Sachverhalt im voraus die passende konkrete Norm finden zu können. Deshalb orientiert auch er sich an gewissen Maximen, welche dann insbesondere bei der späteren Anwendung und Auslegung des Gesetzes von entscheidender Bedeutung sein werden.

Wie bereits verschiedentlich festgestellt wurde, lässt sich der Gesetzgeber im Unmündigenrecht in massgebender Weise vom Gedanken der Wahrung des Kindeswohls leiten. Die möglichst weitgehende Wahrung des Kindeswohls ist nun kein Prinzip der Metaphysik, sondern eine reine Rechtsmaxime mit einem ethischen Hintergrund. Dies geht schon daraus hervor, dass das Kindeswohl zuerst von der Rechtslehre zu einer Maxime erkoren werden musste; es ist deshalb wie das darin enthaltene ethische Element in jeder Beziehung wandelbar und somit geschichtlich. Von einer eigentlichen Rechtsmaxime kann darum gesprochen werden, weil der Gesetzgeber das gesamte System des Unmündigenrechts - vor allem bei der Gelegenheit neuerer Gesetzesrevisionen - von diesem zentralen Grundsatz her aufgebaut hat; er wird zweifellos auch zukünftig unter dieser Prämisse legisfizieren. Und weil der Gesetzgeber sein Handeln an diesem Grundsatz orientiert, muss das Kindeswohl in der Folge auch von der Rechtsanwendung als Fixpunkt betrachtet werden.

Die Anerkennung der Maxime des Kindeswohls ist zugleich Aus-

⁴⁷⁶ Llompart 3

⁴⁷⁷ Llompart 8

druck eines veränderten gesellschaftlichen Bewusstseins und der Bereitschaft der Jurisprudenz zum Dialog mit den Sozialwissenschaften. Bei der neuesten Revision des Kindesrechts hat ihr der Gesetzgeber auf verschiedene Weise Ausdruck verliehen. Er hat zwar auf eine spezielle Bestimmung, in welcher die Wahrung des Kindeswohls als allgemeine Maxime des Kindesrechts erklärt wird, verzichtet. Hingegen wurde das Rechtsprinzip in verschiedenen Normen ausdrücklich in der Gestalt einer Generalklausel positiviert. Aus dem Sinn der übrigen Normen sowie aus den Materialien ergibt sich ausserdem, dass die Maxime des Kindeswohls auch in den meisten übrigen Bestimmungen in irgendeiner Form verkörpert ist. Den Stellungnahmen des Gesetzgebers in den Materialien sowie zum Beispiel dem Entwurf für ein IPR-Gesetz kann darüber hinaus entnommen werden, dass das Kindeswohl über das eigentliche Kindesrecht hinaus als Maxime betrachtet wird⁴⁷⁸.

3. Konsequenzen

A. Allgemein

- a) Es stellt sich nun natürlich die Frage nach den praktischen Folgen der Erkenntnis, dass das Kindeswohl eine Maxime der Rechtssetzung und der Rechtsanwendung im Unmündigenrecht ist. Für die Rechtssetzung ergibt sich die Antwort bereits aus der Geschichtlichkeit der Rechtsmaximen: so wie der Gesetzgeber die Wahrung des Kindeswohls selbst als allgemeine Richtlinie gewählt hat, so kann er diesen Grundsatz theoretisch auch wieder aufgeben. Bei der Ausgestaltung neuer Normen ist er nur an die vom Verfassungsrecht vorgegebenen Schranken (Achtung der Persönlichkeit des Kindes, seiner Grundrechtsmündigkeit usw.) gebunden. Allerdings dürfte der Bundesgesetzgeber aus Rücksicht auf das Postulat der Widerspruchslosigkeit der Rechtsordnung die von ihm selbst aufgestellte Kindeswohlmaxime kaum von heute auf morgen wieder preisgeben, die anzustrebende Widerspruchslosigkeit wird viel eher als Katalysator

⁴⁷⁸ Vgl. zu alldem eingehender vorn 147 ff.

die Gesetzgebung in andern Gebieten des Unmündigenrechts beeinflussen.

Anders verhält es sich bei der Rechtsanwendung, für welche die Befolgung der vom Gesetzgeber aufgestellten Maxime ein Gebot ist. Unmittelbare Geltung beansprucht die Maxime dort, wo sie im Gesetz bereits als Generalklausel enthalten ist. Darüber hinaus hat das Kindeswohl als tragender Grundgedanke bei allen Auslegungsfragen im Unmündigenrecht entscheidendes Gewicht, indem *das Gesetz in Zweifelsfällen stets zugunsten des Kindes zu interpretieren ist*⁴⁷⁹. Keine Zweifelsfälle liegen natürlich dort vor, wo der Gesetzgeber die Konkretisierung des Kindeswohls bereits vorweggenommen hat⁴⁸⁰. Hingegen wird die Maxime des Kindeswohls für den Richter auch bei der *Ausfüllung echter Gesetzeslücken* entscheidend sein (vgl. Art. 1 ZGB). Wo immer es also im Unmündigenrecht um die Kindesinteressen geht und sich bei der Auslegung des Gesetzes Zweifel ergeben, muss gemäss der Maxime zugunsten des Kindes entschieden werden.

- b) Damit ergeben sich natürlich Parallelen zu ähnlich lautenden Maximen in andern Rechtsgebieten. Zunächst drängt sich der Vergleich mit dem strafrechtlichen Prinzip in dubio pro reo auf, an welches die Maxime "im Zweifel für das Kindeswohl" auf den ersten Blick wegen der ähnlichen Formulierung erinnert. Allerdings zeigt sich bei näherer Betrachtung, dass die Gemeinsamkeiten beider Prinzipien nicht so zahlreich sind. Der Grundsatz in dubio pro reo wird nämlich von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf den Bereich der Beweiswürdigung

⁴⁷⁹ Vgl. auch Danzig 12, wo allerdings das Elternrecht überbetont wird. Zur Durchsetzbarkeit dieser Forderung hinten 204 ff.

⁴⁸⁰ Vgl. vorn 124 f. In Art. 253 ZGB hat der Gesetzgeber zum Beispiel entschieden, dass das Wahlrecht auch dem Kläger für die Klage gegen das Kind zusteht, und zwar unabhängig von der Frage, wie sich dies im Einzelfall mit dem Kindeswohl verträgt. Für eine Anwendung der Maxime bleibt insofern kein Raum mehr. Sie kann aber selbst bei einer solchen Bestimmung, bei der der Gesetzgeber die Konkretisierung des Kindeswohls vorweggenommen hat, aktuell werden, wenn bei der Auslegung sonstwie Zweifel entstehen: obwohl der Gesetzgeber die Kindesinteressen in Art. 253 ZGB nicht bevorzugt, müsste zum Beispiel die Auslegung des Wohnsitzerfordernisses *im Zweifel* zugunsten des Kindes erfolgen.

beschränkt⁴⁸¹. Weil er nur als Verfahrensprinzip betrachtet wird, hat er keine Geltung im materiellen Recht und stellt somit keine Regel des Bundesrechts und schon gar keine solche des Verfassungsrechts dar. Zumindest in der schweizerischen Lehre⁴⁸² hinkt also der Vergleich mit diesem strafprozessualen Grundsatz, da die Maxime des Kindeswohls sowohl das materielle als auch das Verfahrensrecht des Bundes beherrscht.

Von ihrer Tragweite her eher vergleichbar wäre die Kindeswohlmaxime mit dem strafrechtlichen Grundsatz *nulla poena sine lege*. Dieses Prinzip ist zwar im Gegensatz zum Kindeswohl vom Gesetzgeber allgemein positiviert und in Art. 1 StGB dem Strafgesetz vorangestellt worden; es ist jedoch durchaus mit demjenigen der Wahrung des Kindeswohls vergleichbar, weil ihm über ein einzelnes Gesetz hinaus in einem ganzen Rechtsbereich umfassende Bedeutung zukommt und weil es durch die Kodifizierung ohnehin ein Grundsatz des Bundesrechts geworden ist. Im Unterschied zum Kindeswohl ist das Prinzip *nulla poena sine lege* aber dank seiner Absolutheit viel einfacher auszulegen; vor allem jedoch wird die Vergleichbarkeit der beiden Grundsätze dadurch beschränkt, dass das Prinzip *nulla poena sine lege* über die Anwendbarkeit einer Strafe bzw. einer Strafbestimmung entscheidet, während die Kindeswohlmaxime nicht bestimmt, *ob* eine Norm angewendet werden soll, sondern *wie* sie in concreto anzuwenden ist, d.h. wie sie in Zweifelsfällen ausgelegt werden muss.

Da das Kindeswohl auch ein "Im-Zweifel-Prinzip" darstellt, bietet sich noch ein Vergleich mit dem verwaltungsrechtlichen Grundsatz in *dubio pro libertate* an. Dieses Prinzip besagt jedoch nicht viel mehr, als sich aus dem Grundsatz verfas-

⁴⁸¹ BGE 69 IV 152, 74 IV 145, 75 IV 155, 83 IV 203, 91 IV 120, 96 I 444, 100 IV 269, 106 IV 86 (vgl. dazu Anm. 482)

⁴⁸² Anders verhielte es sich im deutschen Recht, wo der Grundsatz in *dubio pro reo* die materiellen und die formellen Strafvoraussetzungen beschlägt und ausserdem als verfassungsrechtlich verankerte Grundregel betrachtet wird. Vgl. Stree 19 ff., 53 ff. und 44. In diese Richtung geht vielleicht auch BGE 106 IV 89, wo der Grundsatz im Zusammenhang mit der EMRK betrachtet, die Frage aber noch offen gelassen wird.

sungskonformer Auslegung bereits entnehmen lässt⁴⁸³, so dass ihm in der Praxis kaum eigenständige Bedeutung zukommt.

Am ehesten lässt sich schliesslich die Kindeswohlmaxime mit anderen tragenden Prinzipien des Privatrechts vergleichen. Zu denken wäre etwa an das Vertrauensprinzip, welches die ganze Vertragslehre grundlegend beeinflusst und verfeinert hat⁴⁸⁴, an den favor testamenti⁴⁸⁵ oder an die verschiedenen Prinzipien, die das gesamte Sachenrecht beherrschen⁴⁸⁶. Im Unterschied zu jenen Prinzipien wurde aber die Wahrung des Kindeswohls vom Gesetzgeber bewusst als Maxime des Kindesrechts (und allmählich des Unmündigenrechts überhaupt) bezeichnet. Der Gesetzgeber hat ihr auch in einzelnen Bestimmungen konkret Ausdruck verliehen und alle übrigen Normen an diesem Grundsatz orientiert. Eine Bestimmung, welche die Kindesinteressen vollständig missachtet, gibt es im neuen Kindesrecht nicht, weil die Maxime ein ethisches Postulat beinhaltet. Das Kindeswohl muss deshalb bei der Rechtsfindung - anders als die übrigen privatrechtlichen Prinzipien - *unbedingter* Grundsatz und vorrangiges Ziel zugleich sein.

- c) Das Kindeswohl als typische Maxime der Rechtssetzung und -anwendung im Unmündigenrecht lässt sich also kaum mit ähnlich formulierten Prinzipien in andern Rechtsgebieten vergleichen, jedenfalls würde ein solcher Vergleich bezüglich der Tragweite der Maxime nicht viel hergeben. Es muss somit die Feststellung genügen, dass Rechtssetzung und Rechtsanwendung im Unmündigenrecht wo immer möglich am Leitgedanken des Kindeswohls zu orientieren sind. Die Rechtfertigung für diese Bevorzugung der Kindesinteressen wurde mit der Aufzählung der Funktionen des Kindeswohls bereits gegeben⁴⁸⁷; es bleibt schliesslich nur noch zu untersuchen, mit welchen Mitteln eine korrekte Befolgung der Kindeswohlmaxime durchgesetzt werden kann (dazu hin-

⁴⁸³ Imboden/Rhinow Nr. 20 B III c (S. 133)

⁴⁸⁴ Meier/Hayoz N 463 zu Art. 1 ZGB, vgl. seine Herleitung aus Art. 2 Abs. 1 ZGB in BGE 97 II 74.

⁴⁸⁵ Vgl. dazu BGE 93 II 228 Erw. 3 (als ungeschriebener Satz des Bundesrechts anerkannt) und Piotet 211 ff.

⁴⁸⁶ vgl. Meier-Hayoz N 21 ff. Systematischer Teil

⁴⁸⁷ vorn 135 ff., vgl. insbesondere die Funktionen 1, 2 und 4

ten 204 ff.).

B. Beispiele

Wie bereits verschiedentlich dargestellt wurde, ist die Tatsache, dass sich der Gesetzgeber primär am Leitgedanken des Kindeswohls orientiert, für die bisherige Lehre und Rechtsprechung nicht ohne Folgen geblieben. Allerdings findet das Kindeswohl als umfassende Maxime des gesamten Unmündigenrechts noch zu wenig Beachtung, so dass es auch für die zukünftige Entwicklung der Rechtsanwendung bestimmend sein wird. Im folgenden sollen einige noch nicht oder erst ungenügend realisierte Konsequenzen der Kindeswohlmaxime anhand konkreter Beispiele skizziert werden, um damit die von der künftigen Rechtsanwendung einzuschlagende Richtung zu markieren.

- a) Ganz allgemein wird die Kindeswohlmaxime zu einem veränderten Verhältnis zwischen Rechtsanwendung und Kindesinteressen führen, indem sich auch im Recht eine vermehrte Rücksichtnahme auf die Person und Bedürfnisse des Kindes abzeichnen wird. Konkret muss sich diese Tendenz zum Beispiel in einer verstärkten Beachtung des *Kindeswillens* äussern. Der subjektive Wille des Kindes, welcher spätestens bei Eintritt der Mündigkeit an die Stelle der Rechtsfigur des Kindeswohls tritt, wird mit zunehmender Einsichtsfähigkeit des Kindes für jede richterliche Entscheidung massgebend sein, die in irgendeiner Weise sein Schicksal betrifft. Noch allzu häufig werden Kinder in den sie existentiell betreffenden Verfahren überhaupt nicht beteiligt, obwohl eine Berücksichtigung ihrer Äusserungen in jedem Entwicklungsstadium angebracht ist. Der Wille des betroffenen Kindes muss in jedem Verfahren beachtet werden, in dem es um seine Existenz geht. Natürlich sind die Willensäusserungen dann entsprechend dem Alter und der Einsichtsfähigkeit des Kindes sowie in Berücksichtigung der zu beurteilenden Frage zu würdigen.

Für eine angemessene Rücksichtnahme auf den Kindeswillen stehen dem Richter verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung, von denen er die für den betreffenden Fall günstigste(n) auswählen muss. Grosse Bedeutung kommt bei weitreichenden Entschei-

dungen (wie etwa bei der Regelung der Elternrechte) dem persönlichen Kontakt zwischen Richter und Kind zu, dessen Nutzen allerdings massgebend von der Fähigkeit des Richters abhängt, die dabei erhaltenen Informationen richtig und emotionslos auszuwerten⁴⁸⁸. Ferner wird der Kindeswille regelmässig auch dann miteinbezogen, wenn zur Abklärung des Kindeswohls Sachverständigengutachten eingeholt werden. Je jünger ein Kind ist, desto aufschlussreicher sind für die Eruierung seines subjektiven Willens neben den wissenschaftlichen Gutachten die Auskünfte aus seiner näheren Umgebung. Wichtig ist daher für den Richter auch die Befragung von Verwandten, Nachbarn, Freunden, Lehrern, Kindergärtnerinnen, Sozialarbeitern usw.⁴⁸⁹ Abzulehnen ist hingegen die vollständige Verrechtlichung des Eltern-Kind-Verhältnisses bei Goldstein/Freud/Solnit, wo für jeden Prozess um die Unterbringung von Kindern die Parteifähigkeit des Kindes und sein Recht auf anwaltliche Vertretung gefordert wird⁴⁹⁰. Denn die Einbeziehung des Kindes in die oft monate- oder jahrelangen, aufreibenden Prozesse ist in dieser Form gar nicht notwendig, da der Richter seinen Entscheid ohnehin an der Kindeswohlmaxime zu orientieren hat. Ausserdem dürfte die Regelung in Art. 306 Abs. 2 ZGB genügen, wonach dem Kind zur Wahrung seiner Interessen in einer Angelegenheit, in der die Elterninteressen den seinigen widersprechen, ein Vertretungsbeistand zu bestellen ist⁴⁹¹.

Weil die Wahrung des Kindeswohls als Maxime des Unmündigenrechts Geltung hat, muss die Rechtsanwendung also entsprechend dem Alter und der Einsichtsfähigkeit des Kindes seinen Willen in dem Masse der Entscheidung zugrunde legen, als dies aufgrund der sozialwissenschaftlichen Erkenntnisse als geboten erscheint. Im Rahmen der elterlichen Gewalt wurde dies vom

⁴⁸⁸ Deshalb schlägt Simitis (Kindeswohl 42 ff.) eine verbesserte Aus- und Fortbildung der Richter in ausserjuristischen Kenntnissen vor.

⁴⁸⁹ Simitis, Kindeswohl 11 und 38

⁴⁹⁰ Goldstein, Jenseits 58 ff.; in die gleiche Richtung, jedoch auf anderen Wegen (über die Verfassung) gehen die Vorschläge bei Saladin.

⁴⁹¹ Interessant ist in diesem Zusammenhang die Bestimmung in § 28 Abs. 2 EG Basel-Stadt zum ZGB, wonach die Vormundschaftsbehörde zur Wahrung der Kindesinteressen als Nebenintervenientin in das Verfahren über die Zuteilung der elterlichen Gewalt eingreifen kann.

Gesetzgeber in den Art. 301 Abs. 1 und 2 und 302 Abs. 2 ZGB deutlich zum Ausdruck gebracht.

- b) Die Anerkennung der Kindeswohlmaxime beinhaltet auch die Forderung, alle Verfahren, in denen es um das Schicksal von Kindern geht, möglichst rasch abzuwickeln. Denn eine lange *Prozessdauer* stellt wegen der damit einhergehenden Instabilität und Unsicherheit der familiären Zuordnung für Kinder oft eine untragbare Belastung dar und kann unter Umständen das Kindeswohl erheblich gefährden. Ein Gerichtsverfahren bedeutet natürlich immer eine gewisse Verzögerung, welche aber aus Rücksicht auf den kindlichen Zeitbegriff möglichst gering gehalten werden muss⁴⁹² - eine Forderung, welcher vor allem auch im Rahmen von Rechtsverzögerungsbeschwerden Nachachtung zu verschaffen ist.
- c) Bei der *Kinderzuteilung* ist das Wohl des Kindes schon lange als unbestrittenes Ermessenskriterium anerkannt. Die Maxime an sich wird also nicht geleugnet, dennoch wird gelegentlich ihre reale Auswirkung auf den konkreten Fall verkannt. Meistens legen die Gerichte zwar ihren Entscheidungen über die Regelung der Elternrechte die Kindeswohlformel zugrunde, der Begriff wird jedoch nicht immer fallspezifisch interpretiert, sondern bisweilen gerne als legitimatorische Floskel, ja manchmal sogar zur Unterdrückung kindlicher Bedürfnisse und Wünsche verwendet⁴⁹³. Zur Hauptsache sind solche Fehlentwicklungen darauf zurückzuführen, dass sich heute noch viele Richter anmassen, auch in komplizierteren Fällen die Konkretisierung des Kindeswohls in eigener Regie hinreichend vornehmen zu können und dabei die in diesem Gebiet wachsende Abhängigkeit von den Stellungnahmen ausserrechtlicher Instanzen ignorieren. Noch gar nicht so weit zurück liegt die Feststellung Heinrich Lehmanns, es komme einer Erniedrigung und Kapitulation des Juristen gleich, wenn er sich nicht selbst so viel an Menschen-

⁴⁹² Goldstein, Jenseits 41; Simitis, Kindeswohl 45 f.

⁴⁹³ Vgl. die Auswertung von 70 deutschen Gerichtsurteilen (über Zuteilung der elterlichen Gewalt, Besuchsrecht, Kindesschutzmassnahmen und Adoptionen) bei Simitis, Kindeswohl 293 f.; vgl. auch vorn 176 ff.

kenntnis und Psychologie zutraue, wie ein nichtjuristischer Sachverständiger aufzuweisen habe⁴⁹⁴. Eine solche Grundhaltung führt dann allzu rasch zu pauschalen Feststellungen bezüglich der Wahrung des Kindeswohls, welche realiter dem Wohl des Kindes nicht gerade dienlich sind. Nicht selten verfallen aber auch Gutachter und Sachverständige auf eine pauschale Beurteilung des Kindeswohls, indem sie sich etwa folgendermassen äussern: "die Kinder sind bei der Mutter gut aufgehoben", "das Kind ist fröhlicher Natur und prächtig entwickelt", "der Vater sorgt ungenügend für sein Kind", "dem Kind geht es an seinem Pflegeplatz im allgemeinen gut" usw.⁴⁹⁵ Solche Pauschalurteile sind sehr bequem und entspringen kaum einer fachgerechten Untersuchung des Kindeswohls; es fehlen die Details, anhand derer die gesamte Situation aus der Perspektive des Kindes betrachtet werden könnte. Ausserdem hat die Untersuchung von Simitis gezeigt, dass bei der Konkretisierung des Kindeswohls im allgemeinen eine Ueberbewertung der physischen und finanziellen Aspekte besteht und dafür die psychische Dimension in den Ermittlungen nur unzureichend erfasst und in den Entscheidungen kaum berücksichtigt wird⁴⁹⁶. Diese "materielle Missachtung" der Kindeswohlmaxime könnte grösstenteils durch häufigeres Einholen von psychiatrischen oder psychologischen Gutachten vermieden werden, weil sie regelmässig auf fehlender (ausserjuristischer) Fachkenntnis von Richtern oder Vormundschaftsbehörden beruht.

Obwohl das Kindeswohl bei der Regelung der Elternrechte kein Fremdwort ist, wird auch in diesem Bereich eine Neubesinnung auf die Maxime zu einer teilweise verbesserten Rechtsprechung führen. Die Kindeswohlformel darf nicht bloss zu Präsentationszwecken angerufen, sondern muss materiell der Entscheidung zugrunde gelegt werden. Die Generalklausel des Kindeswohls fügt sich nicht ein in das traditionelle juristische Instrumentarium; für ihre Konkretisierung müssen konsequen-

⁴⁹⁴ zitiert nach Simitis, Kindeswohl 19

⁴⁹⁵ Simitis, Kindeswohl 35 ff. mit weiteren Beispielen

⁴⁹⁶ Simitis, Kindeswohl 106 und 114 ff. Diese Feststellungen dürften auch für die schweizerische Rechtsprechung zutreffen.

terweise diejenigen Disziplinen herangezogen werden, von denen die Rechtslehre den Begriff entlehnt hat. Bei einfach gelagerten Fällen können die einschlägigen Kenntnisse des Richters durchaus für eine angemessene Interpretation genügen; in allen übrigen Fällen stehen ihm genügend Mittel zur Verfügung, um den wahren Inhalt des Kindeswohls im Einzelfall zu erforschen und aufgrund der Ergebnisse ein kompetentes und fundiertes Urteil fällen zu können.

- d) Ein illustratives Beispiel für konkrete Konsequenzen der Anerkennung der Kindeswohlmaxime ist das elterliche *Züchtigungsrecht*. Die elterliche Befugnis zur Anwendung von erzieherischen Züchtigungsmitteln wurde im alten Kindesrecht noch ausdrücklich erwähnt (vgl. aArt. 278 ZGB). Bei der Revision von 1976 ist diese Bestimmung aus dem Gesetz verschwunden, indem darauf hingewiesen wurde, dass in der elterlichen Gewalt selbstverständlich auch die Befugnis zur Züchtigung des Kindes enthalten sei, soweit dies zu seiner Erziehung notwendig sei⁴⁹⁷. Den Inhalt der elterlichen Gewalt hat der Gesetzgeber in Art. 301 ZGB ausdrücklich und einzig am Kindeswohl orientiert, so dass also allein das Wohl des Kindes über die Zulässigkeit von Züchtigungsmitteln entscheidet. Das Kindeswohl wiederum bestimmt sich primär nach den gefestigten sozialwissenschaftlichen Erkenntnissen.

In der neueren (vor allem deutschen) psychologischen Literatur wird nun oft auf die in bezug auf das elterliche Züchtigungsrecht zu large Gerichtspraxis hingewiesen⁴⁹⁸. Es wird die begründete Ansicht vertreten, dass grundsätzlich jede Art von Züchtigung dem Kindeswohl abträglich ist, weil nach den Ergebnissen der Verhaltensforschung mit einer Züchtigung kein Lernerfolg erzielt werden kann und somit gar keine Erziehung

⁴⁹⁷ vgl. Anm. 385 und 439

⁴⁹⁸ Vgl. etwa Petri 64 f., Münder/Kühn 106 f., Kühn 365 ff. Zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Züchtigungsrecht vgl. BGE 80 IV 105 ff., 85 IV 126 ff., 89 IV 73, 98 IV 185 ff.

Als Einstieg in die allgemeine Literatur über das elterliche Züchtigungsrecht eignen sich die Werke von Zenz, Helfer/Kempe und de Mause; vgl. im übrigen die Literaturangaben bei Hegnauer N 2 zu aArt. 278 ZGB sowie Pro Juventute-Zeitschrift 61 (1980) Nrn. 7/8/9.

stattfindet⁴⁹⁹. Diese Aussage darf allerdings nicht zu absolut verstanden werden, zumal sie auch in der sozialwissenschaftlichen Literatur selbst regelmässig relativiert wird. Denn es kann nicht darum gehen, jeder Mutter einen Klaps auf den Hintern ihres ungehorsamen Kindes oder jedem Vater die Anwendung seelischer Zwangsmittel (wie z.B. die Androhung, bei Ungehorsam frühzeitig ins Bett geschickt zu werden) generell zu verbieten. Es gibt also durchaus angebrachte und zulässige Züchtigungsmittel⁵⁰⁰, auch wenn der Ausdruck an früher übliche und heute verpönte Zucht- und Ordnungsverhältnisse erinnert. Wo die Grenze zwischen zulässigen und unzulässigen Züchtigungsmitteln zu ziehen ist, bestimmt sich allein nach dem Kindeswohl, so dass die Abgrenzung von Fall zu Fall vorzunehmen ist. Wichtig ist dabei wiederum, dass die Konkretisierung des Kindeswohlbegriffs primär nach gefestigten sozialwissenschaftlichen Erkenntnissen erfolgen muss und sich nicht etwa an traditionellen Auffassungen über die Elternrechte orientieren darf. Dadurch kann eine zur deutschen Rechtsprechung⁵⁰¹ parallele Entwicklung hin zu einem gewohnheitsrechtlich begründeten Anspruch auf Züchtigung unterbunden werden. Eine Züchtigung des Kindes ist also dort gerechtfertigt, wo sie mit der Wahrung seines Wohles vereinbar ist. Bei einer übermässigen, d.h. das Kindeswohl gefährdenden Züchtigung muss der Staat mit geeigneten Massnahmen zur Wahrung der Kindesinteressen einschreiten⁵⁰².

4. Durchsetzbarkeit der Kindeswohlmaxime

- A. Nachdem nun bei der Untersuchung von Materialien, Gesetzesbestimmungen, Lehre und Rechtsprechung klar geworden ist, dass die Wahrung des Kindeswohls als eigentliche Maxime des Unmün-

⁴⁹⁹ Münder/Kühn 107, Kühn 365 ff. mit weiteren Zitaten, Quambusch 65, Petri 65; zurückhaltender Zenz 304 ff. und Goldstein, Before 72 ff.
⁵⁰⁰ a.M. Münder/Kühn 107 f.

⁵⁰¹ vgl. Kühn 365

⁵⁰² Nicht zu übersehen ist dabei natürlich die enorme Dunkelziffer (Kühn 366: 95 % bei Kindesmisshandlungen). Zu den zivil- und strafrechtlichen Massnahmen des Staates vgl. Hegnauer N 25 ff. und 28 ff. zu aArt. 278 ZGB.

digenrechts betrachtet werden muss, stellt sich die praktische Frage, ob die Beachtung des Kindeswohls dem Gutdünken der mit der Rechtsfindung betrauten Instanz anheimgestellt ist oder ob die rechtsanwendende Behörde zwingend an den Grundsatz gebunden ist. Uninteressant sind dabei diejenigen Fälle, in denen das Gesetz die Generalklausel des Kindeswohls bereits ausdrücklich als Entscheidungskriterium bezeichnet (wie z.B. in Art. 264 ZGB). Denn dort muss der Richter auf jeden Fall nach dem Kindeswohl urteilen; eine Missachtung oder eine ungenügende Interpretation des Kindeswohls kann wegen Verletzung von Bundesrecht letztinstanzlich beim Bundesgericht gerügt werden, soweit der Ermessensspielraum überschritten wurde und die übrigen Voraussetzungen für eine Berufung gegeben sind. In diesem Zusammenhang interessiert nur die Durchsetzbarkeit der Maxime dort, wo das Gesetz nicht ausdrücklich auf das Kindeswohl verweist, die Kindesinteressen aber gleichwohl zu beachten sind.

Nicht zu übersehen ist dabei die grosse Bedeutung, die in der Regel der Entscheidung der ersturteilenden Instanz zukommt. Denn auch wenn ein Urteil an höhere Instanzen weitergezogen werden kann, müssen jene ihren Erwägungen doch stets die Sachlage im Zeitpunkt ihrer Urteilsfällung zugrunde legen. Oft dauert es nun aber bis zu einer zweiten oder gar dritten Beurteilung eine geraume Zeit, in der die Kinder ihre Entwicklung und ihre Gefühlsentfaltung nicht einfach sistieren können. Weil auch die Berufungsinstanz nach der Maxime des Kindeswohls urteilen wird, kann sie vor allem bei Unterbringungsprozessen nicht ausser acht lassen, dass ein Kind sich schon seit dem erstinstanzlichen Urteil oder schon seit einer zuvor ergangenen provisorischen Verfügung an einem bestimmten Pflegeplatz eingelebt hat. Je nach der Prozessdauer bzw. je nach der Dauer bis zum ersten rechtskräftigen Urteil kann deshalb das Kontinuitätsprinzip wieder aktuell werden: auch die Appellationsinstanz muss berücksichtigen, dass das Kind an dem ihm erstinstanzlich zugewiesenen Ort unter Umständen schon verwurzelt ist und dass ein (eventuell erneuter) Wechsel des Aufwuchsplatzes nur dann in Frage kommt, wenn trotz den damit verbundenen Nachteilen dem Kindeswohl offensichtlich besser

gedient wäre⁵⁰³. Der Konsequenz, dass ein durch die Vorinstanz geschaffenes *fait accompli* unter Umständen auch für das Berufungsurteil eine präjudizielle Ausgangslage schafft, kann nur mit einer drastischen Beschleunigung der Verfahren begegnet werden. Andernfalls führt die Kindeswohlmaxime zumindest in Prozessen über die Unterbringung von Kindern zu einer faktischen Verringerung der Erfolgsaussichten beim Weiterzug.

- B. Bei der Frage der Durchsetzbarkeit der Kindeswohlmaxime ist zunächst zu prüfen, ob der Bundesgesetzgeber den Grundsatz aus übergeordnetem Verfassungsrecht abgeleitet hat. Diese Frage muss aber sogleich verneint werden: in der Bundesverfassung findet sich kein Aufhänger, um die Missachtung des Kindeswohls als Verletzung eines verfassungsmässigen Rechts anzufechten⁵⁰⁴. Denkbar wäre höchstens eine staatsrechtliche Beschwerde wegen willkürlicher Missachtung der Kindeswohlmaxime. Sie ist aber nur dann zulässig, wenn dies aus irgendeinem Grunde nicht mit der Berufung oder mit einem andern Rechtsmittel beim Bundesgericht oder einer andern Bundesbehörde gerügt werden kann (Art. 84 Abs. 2 OG). Weil jedoch die Nichtbeachtung der Kindeswohlmaxime eine Verletzung von Bundesrecht darstellt (hinten 207 ff.), dürften diese Voraussetzungen kaum je erfüllt sein.
- C. Wenn die Wahrung des Kindeswohls im Unmündigenrecht bereits klares Gewohnheitsrecht geworden wäre, könnte die Maxime sehr einfach und effizient durchgesetzt werden, weil sie dann als eidgenössisches Recht im Sinne von Art. 1 ZGB der Ueberprüfung durch das Bundesgericht unterläge. Für die Bildung von Gewohnheitsrecht muss jedoch eine langandauernde, ununterbrochene und auf Rechtsüberzeugung beruhende Uebung nachgewiesen werden (vgl. BGE 105 Ia 6 ff.). Selbst wenn man die längere

⁵⁰³ Aus denselben Ueberlegungen wirkt die vorsorgliche Zuteilung der Obhut (seltener: der elterlichen Gewalt) gemäss Art. 145 ZGB oft im Ergebnis präjudizierend auf das nachfolgende Scheidungsurteil, wenn zwischen den beiden Entscheiden eine grössere Zeitspanne liegt. Vgl. Bühler/Spühler N 209 zu Art. 145 ZGB; unzutreffend BGE vom 15. November 1979 i.S. B./U.

⁵⁰⁴ Zur verfassungsrechtlichen Betrachtung des Eltern-Kind-Verhältnisses vgl. Saladin 175 ff.

Zeit andauernde Übung wegen der jahrzehntelangen Tradition des Kindeswohlgedankens noch als gegeben betrachten wollte, wäre das Bestehen von Gewohnheitsrecht wegen mangelnder *opinio iuris et necessitatis* zu verneinen. Neuhaus bezeichnet zwar die Ueberzeugung vom Vorrang des Kindeswohls vor allen andern Interessen als ein im 20. Jahrhundert bestehender *consensus* aller billig und gerecht Denkenden⁵⁰⁵; es dürfte darüber hinaus jedoch kaum die allgemeine Ueberzeugung bestehen, dass die Kindeswohlmaxime etwas Verbindliches und rechtlich Zwingendes ist. Damit wird aber bereits der gewohnheitsrechtliche Charakter der Kindeswohlmaxime ausgeschlossen⁵⁰⁶; ausserdem dürfte der zusätzliche Nachweis schwerlich zu erbringen sein, dass mit der gewohnheitsrechtlich begründeten Kindeswohlmaxime einem unabweislichen Bedürfnis zufolge eine Lücke des geschriebenen Rechts gefüllt wird⁵⁰⁷.

Die Kindeswohlmaxime kann also kaum als gewohnheitsrechtliches Prinzip bezeichnet werden. Selbst in bezug auf einzelne Anwendungsgebiete dürfte der Nachweis wegen fehlender Rechtsüberzeugung nicht gelingen. Unhaltbar ist deshalb auch die Auffassung des Zürcher Kassationsgerichts, wonach die Mutterzuteilung von Kleinkindern eine klare Regel des Gewohnheitsrechts darstelle, sofern nicht auf seiten der Mutter sehr wesentliche Mängel oder auf seiten des Vaters grosse Vorzüge ins Gewicht fallen⁵⁰⁸. Denn das blosses Bestehen einer gefestigten Gerichtspraxis genügt an sich noch nicht für den Nachweis einer hinreichenden Rechtsüberzeugung. An die Bildung von Gewohnheitsrecht sind strenge Voraussetzungen geknüpft, so dass verhältnismässig selten der gewohnheitsrechtliche Charakter einer Rechtsauffassung geltend gemacht werden kann⁵⁰⁹.

D. Es bleibt also schliesslich die Frage, ob die Kindeswohlmaxime als Satz des ungeschriebenen Bundesrechts zu betrachten ist, dessen Verletzung mit der Berufung ans Bundesgericht an-

⁵⁰⁵ Neuhaus 248/249

⁵⁰⁶ Meier-Hayoz N 233 zu Art. 1 ZGB

⁵⁰⁷ Vgl. zu dieser Voraussetzung BGE 104 Ia 313 mit weiteren Hinweisen.

⁵⁰⁸ SJZ 65 (1969) 224 f.

⁵⁰⁹ Meier-Hayoz N 242 zu Art. 1 ZGB

gefochten werden kann.

Meier-Hayoz bezeichnet die Rechtsprinzipien als wichtige Hilfsmittel bei der Rechtsfindung. Der Richter sei entgegen einer früheren Lehre nicht an sie gebunden, gehe aber bei der Rechtsanwendung stets von ihnen aus und weiche davon nur ab, wo das Gesetz ihm dazu die Freiheit gebe und wo zudem schutzbedürftige Interessen dies verlangen⁵¹⁰. Wie bereits dargestellt wurde (vorn 196 ff.), ist die Bedeutung der Kindeswohlmaxime nicht ohne weiteres mit derjenigen von ähnlich formulierten Prinzipien vergleichbar. Der Unterschied zu den sachenrechtlichen Prinzipien etwa zeigt sich schon darin, dass der Gesetzgeber von 1972 und 1976 allen seinen Normen den Grundsatz der Wahrung des Kindeswohls bewusst zugrunde gelegt hat und alle Bestimmungen an dieser einen Voraussetzung orientiert wissen wollte. Es wäre schlechterdings undenkbar gewesen, dass er eine dem Kindeswohl offensichtlich zuwiderlaufende Norm statuiert hätte. Diese eindeutige gesetzgeberische Grundhaltung muss bei der Rechtsfindung berücksichtigt werden und in sämtlichen Entscheidungen über das Schicksal von Kindern ihren Niederschlag finden. Es gibt im Gegensatz zu andern Rechtsprinzipien keine Ausnahmen von der grundsätzlichen Wahrung des Kindeswohls⁵¹¹. Sämtliche Entscheidungen im Unmündigenrecht müssen die Kindesinteressen berücksichtigen; die Diskussion kann sich lediglich darum drehen, ob ihnen im konkreten Fall nach Abwägung aller andern Interessen mehr oder weniger Nachachtung zu verschaffen ist. Entscheidungen, die das Kindeswohl entweder überhaupt nicht berücksichtigen oder zwar formell berücksichtigen, materiell aber missachten, stehen im Widerspruch zum Sinn und Geist des Gesetzes und zu den klaren Intentionen des Gesetzgebers⁵¹².

Weil der Gesetzgeber das Kindeswohl in seinen wichtigsten An-

⁵¹⁰ Meier-Hayoz N 411 zu Art. 1 ZGB und N 21 Systematischer Teil

⁵¹¹ In der Terminologie von Meier-Hayoz müsste beim Kindeswohl deshalb eher von einem Dogma, in derjenigen Llomparts von einem Rechtsaxiom gesprochen werden.

⁵¹² Keine Ausnahme bilden diejenigen Fälle, in denen der Gesetzgeber die Konkretisierung des Kindeswohls vorweggenommen hat. Denn dort wurde das Kindeswohl bereits bei der Schaffung der Normen berücksichtigt.

wendungsbereichen durch die Erwähnung der Generalklausel im Gesetz explizit als Entscheidungskriterium anerkannt hat⁵¹³, weil er sämtliche übrigen Bestimmungen des Kindesrechts an diesem einen Grundsatz orientiert hat und weil - als Ausfluss des Postulats der Widerspruchslosigkeit der Rechtsordnung - das Kindeswohl allmählich das gesamte Unmündigenrecht beherrschen wird, *muss die Kindeswohlmaxime als ungeschriebener Satz des Bundesrechts betrachtet werden*. Der Richter ist deshalb bei der Rechtsfindung an diesen bundesrechtlichen Grundsatz gebunden. Er wird sich bei der Anwendung sämtlicher Normen des Unmündigenrechts vom Kindeswohl leiten lassen und muss die Bestimmungen in Zweifelsfällen zugunsten des Kindes auslegen. Missachtet ein Richter die Maxime des Kindeswohls, so verletzt er damit Bundesrecht.

E. Wichtig ist - vor allem im Hinblick auf die praktische Bedeutung seiner Entscheidung -, dass der erstinstanzliche Richter sein Urteil aufgrund einer äusserst sorgfältigen Abklärung des Kindeswohls fällt. Wie er dabei vorzugehen hat, hängt von der konkreten Sachlage ab und ist im übrigen hinsichtlich allgemeiner Grundsätze in dieser Arbeit eingehend beschrieben worden. Welche Möglichkeiten stehen nun aber den Parteien offen, wenn der Richter das Kindeswohl bei der Rechtsfindung nur ungenügend oder überhaupt nicht berücksichtigt⁵¹⁴? - Auf kantonaler Ebene werden regelmässig Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen, um die Sache an eine zweite (und allenfalls noch an eine dritte) Instanz weiterzuziehen, welche sehr oft umfassende Kognitionsbefugnis hat und den Fall praktisch neu auf-

⁵¹³ vgl. Art. 264, 269 Abs. 1, 274 Abs. 2, 274a Abs. 1, 298 Abs. 2, 301 Abs. 1, 307 Abs. 1 ZGB

⁵¹⁴ Im folgenden werden nur die Rechtsmittel in Zivilsachen behandelt. In den übrigen Anwendungsgebieten der Kindeswohlmaxime bestehen andere Rechtsbehelfe zu deren Durchsetzung. So muss z.B. die Missachtung des Erziehungszwecks des Jugendstrafrechts letztinstanzlich mit der Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichts (Art. 268 ff. BStP) angefochten werden, die Nichtberücksichtigung des Kindeswohls bei Bürgerrechtsentscheidungen ist mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde (Art. 100 lit. c und Art. 103 ff. OG) zu rügen usw. Gegen die Verweigerung einer Namensänderung ist seit der Revision des Kindesrechts die Berufung zulässig (vgl. neu Art. 44 lit. a OG).

rollen und beurteilen kann. Der letztinstanzliche kantonale Entscheid kann wegen Verletzung von ungeschriebenem Bundesrecht mit der Berufung ans Bundesgericht weitergezogen werden, wenn geltend gemacht wird, das Kindeswohl sei nicht oder nur ungenügend berücksichtigt worden (Art. 43 Abs. 2 OG) und wenn die übrigen Voraussetzungen der Berufung gegeben sind. Dabei sind jedoch zwei Fälle auseinanderzuhalten:

- a) Die Nichtbeachtung oder falsche Konkretisierung des Kindeswohls beruht auf fehlenden oder mangelhaften Feststellungen in tatsächlicher Hinsicht. Der Berufungskläger macht geltend, die Vorinstanz habe sich zu wenig Informationen beschafft, um das Kindeswohl im betreffenden Fall hinreichend interpretieren zu können. Unter Umständen gelangt das Bundesgericht selbst zu diesem Schluss, wenn einfach die Missachtung des Kindeswohls und damit eine Verletzung von Bundesrecht gerügt wird und sich eine abschliessende Beurteilung des Kindeswohls aufgrund der Akten nicht vornehmen lässt. In diesem Falle wird das Bundesgericht das angefochtene Urteil aufheben und die Sache zur Aktenergänzung und zu neuer Entscheidung an die kantonale Instanz zurückweisen (Art. 64 Abs. 1 OG). Das Bundesgericht wird selbst keine fehlenden Gutachten einholen oder unterlassene Befragungen oder Zeugeneinvernahmen vornehmen, weil die tatsächlichen Feststellungen in jenen Fällen regelmässig nicht nur in nebensächlichen Punkten zu vervollständigen sind (vgl. Art. 64 Abs. 2 OG). Gegen den neuen Entscheid der kantonalen Instanz ist wiederum die Berufung ans Bundesgericht zulässig (Art. 66 Abs. 2 OG).
- b) Die Akten liefern an sich genügend Informationen zur Beurteilung des Kindeswohls, die Vorinstanz hat jedoch trotz dieser korrekten Feststellungen das Kindeswohl unzutreffend konkretisiert. In diesem Falle wird das Bundesgericht nur dann eingreifen, wenn die Vorinstanz ihr bei der Interpretation von unbestimmten Gesetzesbegriffen zustehendes Ermessen (vgl. vorn 36 f.) in unzulässiger Weise überschritten hat. Die falsche Konkretisierung des Kindeswohls aufgrund der gegebenen (und für das Bundesgericht verbindlichen, vgl. Art. 63 Abs. 2 OG) tatsächlichen Verhältnisse stellt dann eine unrichtige Beur-

teilung einer Tatsache und somit gemäss Art. 43 Abs. 4 OG eine Rechtsverletzung dar. Das Bundesgericht wird in diesem Falle die rechtliche Würdigung der Tatsachen frei vornehmen (Art. 63 Abs. 3 OG). Werden die Kindesinteressen trotz in dieser Hinsicht genügender tatsächlicher Feststellungen in einer Sache, in der es um das Schicksal eines Kindes geht, einfach nicht berücksichtigt, so verstösst diese Entscheidung ohnehin gegen die Kindeswohlmaxime und kann folglich als Verletzung von Bundesrecht gerügt werden.

- F. Auch das Bundesgericht muss also seinen Entscheidungen im Unmündigenrecht die Kindeswohlmaxime zugrunde legen. In den Bereichen der Offizialmaxime, insbesondere also bei der Kinderzuteilung im Scheidungsverfahren (Art. 158 ZGB) und bei der Feststellung und Anfechtung des Kindesverhältnisses (Art. 254 Ziff. 1 ZGB), hat das Bundesgericht natürlich mehr Möglichkeiten, das Kindeswohl zu realisieren (vgl. z.B. BGE 94 II 1 ff.). In den übrigen Fällen ist es zwar an die Anträge der Parteien, nicht jedoch an deren Begründung gebunden (Art. 63 Abs. 1 OG). Im Rahmen der Parteianträge kann das Bundesgericht also frei entscheiden; dabei wird es sich von der verbindlichen Maxime der Wahrung der Kindesinteressen leiten lassen.

Anhang: Erklärung der Rechte des Kindes der Vereinten Nationen vom 20. November 1959

Grundsatz 1:

Das Kind erfreut sich aller in dieser Erklärung enthaltenen Rechte. Ohne jede Ausnahme und ohne Unterscheidung oder Benachteiligung durch Rasse, Hautfarbe, Geschlecht, Sprache, Religion, politische oder sonstige Ueberzeugung, nationale oder soziale Herkunft, Eigentum, Geburt oder sonstige Umstände, sowohl hinsichtlich seiner selbst wie seiner Familie, hat das Kind auf diese Rechte Anspruch.

Grundsatz 2:

Das Kind genießt besonderen Schutz; ihm werden Gelegenheiten und Erleichterungen durch Gesetz und auf andere Weise gegeben, sich gesund und natürlich in Freiheit und Würde körperlich, geistig, moralisch, seelisch und sozial zu entwickeln. Das Beste des Kindes ist für diese Gesetzgebung bestimmend.

Grundsatz 3:

Das Kind hat Anspruch auf einen Namen und eine Staatsangehörigkeit von Geburt an.

Grundsatz 4:

Das Kind erfreut sich der Wohltaten der sozialen Sicherheit. Es ist berechtigt, in Gesundheit heranzuwachsen und zu reifen; deshalb werden ihm und seiner Mutter besondere Fürsorge und Schutz gewährt, einschliesslich angemessener Pflege vor und nach der Geburt. Das Kind hat das Recht auf ausreichende Ernährung, Wohnung, Erholung und ärztliche Betreuung.

Grundsatz 5:

Das Kind, das körperlich, geistig oder sozial behindert ist, erhält diejenige besondere Behandlung, Erziehung und Fürsorge, die sein Zustand und seine Lage erfordern.

Grundsatz 6:

Das Kind bedarf zur vollen und harmonischen Entwicklung seiner Person der Liebe und des Verständnisses. Es wächst, soweit irgend möglich, in der Obhut und der Verantwortung seiner Eltern, immer aber in einer Umgebung der Zuneigung und moralischer und materieller Sicherheit auf; in zartem Alter wird das Kind nicht von seiner Mutter getrennt, ausser durch ungewöhnliche Umstände. Gesellschaft und öffentliche Stellen

haben die Pflicht, alleinstehenden und mittellosen Kindern verstärkte Fürsorge angedeihen zu lassen. Staatliche und anderweitige finanzielle Unterstützung kinderreicher Familien ist wünschenswert.

Grundsatz 7:

Das Kind hat Anspruch auf unentgeltlichen Pflichtunterricht, wenigstens in der Volksschule. Ihm wird eine Erziehung zuteil, die seine allgemeine Bildung fördert und es auf der Grundlage gleicher Möglichkeiten in den Stand setzt, seine Anlagen, seine Urteilskraft, sein Verständnis für moralische und soziale Verantwortung zu entwickeln und zu einem nützlichen Glied der menschlichen Gemeinschaft zu werden.

Das Beste des Kindes ist der Leitgedanke für alle, die für seine Erziehung und Führung Verantwortung tragen; diese liegt zuallererst bei den Eltern.

Das Kind hat volle Gelegenheit zu Spiel und Erholung, die den gleichen Erziehungszielen dienen sollen; Gesellschaft und Behörden fördern die Durchsetzung dieses Rechtes.

Grundsatz 8:

Das Kind ist in allen Notlagen bei den Ersten, die Schutz und Hilfe erhalten.

Grundsatz 9:

Das Kind wird vor Vernachlässigung, Grausamkeit und Ausnutzung jeder Art geschützt. Es ist in keinem Fall Gegenstand eines Handels. Das Kind wird erst nach Erreichung eines geeigneten Mindestalters zur Arbeit zugelassen; nie wird es gezwungen oder wird ihm erlaubt, einen Beruf oder eine Tätigkeit auszuüben, die seiner Gesundheit oder Erziehung schaden oder seine körperliche, geistige oder moralische Entwicklung hemmen.

Grundsatz 10:

Das Kind wird vor Handlungen bewahrt, die rassistische, religiöse oder andere Herabsetzung fördern. Es wird erzogen in einem Geist des Verstehens, der Duldsamkeit, der Freundschaft zwischen den Völkern, des Friedens, weltumspannender Brüderlichkeit und in der Vorstellung, dass seine Kraft und Fähigkeiten dem Dienst an seinen Mitmenschen zu widmen sind.

Lebenslauf

Am 5. Oktober 1956 bin ich als Sohn der Martha und des Guido Brauchli-Schmid in Romanshorn geboren. Nach dem Besuch der Primar- und Sekundarschule in Egnach habe ich 1975 an der Kantonsschule Romanshorn den Maturitätsausweis B erworben. Das Rechtsstudium an der Universität Zürich habe ich im Wintersemester 1975/1976 aufgenommen und am 14. Juli 1982 mit den Doktorprüfungen abgeschlossen.

